



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 3 | n. 1 | janeiro/abril 2016 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral

Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | [www.ninc.com.br](http://www.ninc.com.br)



## Los nuevos derechos y garantías

### *The new rights and guarantees*

JUAN CARLOS CASSAGNE\*

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

[jcc@cassagne.com.ar](mailto:jcc@cassagne.com.ar)

**Recibido/Received:** 14.11.2015 / November 14<sup>th</sup>, 2015

**Aprovado/Approved:** 15.12.2015 / December 15<sup>th</sup>, 2015

#### Resumen

El fenómeno del nuevo constitucionalismo ha producido enormes impactos en el marco del Derecho Público por todo el mundo globalizado. Una de las principales transformaciones ocurrida en el Derecho Público después del nuevo constitucionalismo es la incorporación de nuevos derechos y garantías a las Constituciones contemporáneas. El objetivo del artículo es analizar la construcción y el contenido jurídico de algunos de estos nuevos derechos y garantías, como los derechos ambientales, los derechos de los consumidores y usuarios, los derechos colectivos, el derecho de reunión, el derecho a la salud, entre otros.

**Palabras-clave:** nuevo constitucionalismo; Derecho Público; nuevos derechos y garantías; globalización; derechos colectivos.

#### Abstract

*The phenomenon of new constitutionalism has produced enormous impacts in the context of Public Law throughout the entire globalized world. One of the major changes that occurred in the Public Law after the new constitutionalism is the incorporation of new rights and guarantees to the contemporary constitutions. The purpose of this article is to analyze the construction and the legal content of some of these new rights and guarantees, such as environmental rights, the rights of consumers and users, collective rights, the right of assembly, the right to health, among others.*

**Keywords:** new constitutionalism; Public Law; new rights and guarantees; globalization; collective rights.

Como citar esse artigo/How to cite this article: CASSAGNE, Juan Carlos. Los nuevos derechos y garantías. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 59-108, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45110>.

\* Profesor Titular Consulto de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires – UBA (Buenos Aires, Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Fue Director del Instituto de Derecho Administrativo “Profesor Rafael Bielsa” y del Curso de Especialización en Derecho Administrativo (1974-1983), de la Universidad de Buenos Aires. Es profesor visitante de la Universidad de París X (Nanterre-Francia) y de la Universidad de Pau (Francia); de las Universidades españolas Autónoma de Madrid, Salamanca, San Pablo Ceu, La Coruña, Navarra, Valladolid, Escola Galega de Administración Pública; y de varias casas de estudios de Iberoamérica como la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Universidad de la República (Uruguay) y el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá, donde fue honrado con la designación de Profesor Honorario en 1984 por sus “méritos académicos relevantes” en el campo de derecho público. Desde el año 2005 es miembro del Comité Científico de la Universidad de Salamanca en la Argentina. Ha fundado y es Director de la Revista de Derecho Administrativo, publicación trimestral especializada que se edita desde el año 1989. Es Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires e integra el Consejo Académico del Programa Master en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Es Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Académico Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, ambas de Madrid. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (AIDC), con sede en París y de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado.

## SUMARIO

**1.** La incorporación de nuevos derechos a la Constitución; **2.** La protección ambiental y el derecho a un ambiente sano; **2.1.** Las nuevas cláusulas constitucionales; **2.2.** El núcleo del derecho ambiental; **2.3.** El deber legal de preservación del ambiente. Prohibiciones; **2.4.** El daño ambiental y la obligación de recomponer; **2.5.** El amparo ambiental; **2.6.** Competencia en materia ambiental; **3.** El principio protectorio de la competencia; **4.** Los derechos de consumidores y usuarios; **4.1.** La falsa oposición entre el interés público y el interés particular o privado; **4.2.** La regla de la interpretación restrictiva de los privilegios y su extensión a las concesiones y licencias; **5.** La participación pública en el control de los servicios públicos; **5.1.** Tipologías de la participación pública en los entes reguladores; **5.1.1.** Derechos individuales y colectivos. La participación de las asociaciones defensoras de usuarios; **5.1.1.1.** Derechos individuales; **5.1.1.2.** Derechos colectivos; **5.1.2.** El régimen de audiencias públicas de los entes reguladores; **6.** El derecho de reunión; **7.** El derecho a la salud; **8.** Problemática de la legitimación en los procesos administrativos; **8.1.** Tendencias actuales en materia de legitimación; **8.2.** Los elementos que configuran la legitimación procesal activa (ordinaria y anómala o extraordinaria); **9.** Los derechos de incidencia colectiva y el amparo constitucional; **10.** La tutela de la legalidad y la acción popular; **11.** La globalización: su influencia sobre el principio de legalidad; **12.** Referencias.

## 1. LA INCORPORACIÓN DE NUEVOS DERECHOS A LA CONSTITUCIÓN

El bloque de constitucionalidad de la primera parte de la Constitución de 1853/1860 –denominado parte dogmática– ha sido ampliado a tenor de una serie de cláusulas incorporadas tras la reforma constitucional de 1994.

Esta ampliación de la parte dogmática del bloque de constitucionalidad se produjo no obstante que la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma, había prohibido, en forma expresa, que se introdujeran modificaciones a la primera parte de la Constitución. En una suerte de interpretación constitucional –no objetada mayormente por la doctrina– la Convención reformadora entendió que la ampliación de los derechos expresamente reconocidos no implicaba violar la interdicción señalada, probablemente por considerar que ampliar los derechos no entraña modificar lo que ya tenían *status constitucional*, que constituían “cláusulas de eternidad”<sup>1</sup> o pétreas, aparte de que ellos siempre podrían considerarse dentro de los derechos implícitos del art. 33 de la CN por lo que no cabe hablar de mutación constitucional. De ello se sigue la imposibilidad de interpretar, como sostiene alguna doctrina, que los nuevos derechos prevalecen sobre los derechos fundamentales reconocidos en la primera parte de la Constitución, tema que será objeto de nuestro análisis en este punto.

En la doctrina se habla de derechos de tercera generación para diferenciarlos de los de primera (los derechos fundamentales del art. 14 CN) y de los de segunda generación (los derechos incorporados a la Constitución en 1957 en el artículo 14 bis),

<sup>1</sup> HABERLE, Peter. *El Estado Consitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 258 – ss.

también denominados derechos sociales y económicos. En cambio, este nuevo grupo de derechos respondería más a una política constitucional que pone el acento en la solidaridad<sup>2</sup>, mientras que los anteriores derechos protegen fundamentalmente los principios de libertad, igualdad y propiedad (art. 14 CN) y justicia social (art. 14 bis CN).

Esa afirmación es parcialmente cierta porque hay que tener en cuenta que los nuevos derechos hacen también a la realización más plena de la justicia social y que no se puede desconocer tampoco que buena parte de los derechos fundamentales prescriptos en el art. 14 de la CN poseen contenido económico e incluso social (v.gr. asociarse con fines útiles).

La reforma constitucional de 1994 introdujo, en los artículos 41 y 42 una serie de derechos calificados como derechos de incidencia colectiva (así los designa el art. 43 CN) o derechos de tercera generación, que tienen por objeto la protección del medio ambiente, la competencia, a usuarios de los servicios públicos y a los consumidores, en este último supuesto, en lo concerniente a la relación de consumo<sup>3</sup>.

De ese modo, el nuevo escenario constitucional ha ampliado no sólo el ámbito de protección de los derechos individuales sino que ha dado carta de nacionalidad a una nueva categoría de derechos *supra* individuales de titularidad indivisible (el derecho a un ambiente sano)<sup>4</sup> y a otros derechos que representan titularidades individuales homogéneas (v.g. los de los usuarios que reclaman la ilegalidad de una tarifa)<sup>5</sup>. Al respecto, se han propugnado diferentes categorías de derechos protegidos<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> DALLA VÍA, Alberto R. **Derecho constitucional económico**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999. p. 298.

<sup>3</sup> Sobre la tutela de los consumidores (que comprende a los usuarios de servicios públicos) véase: MURATORIO, Jorge Ismael. La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994. In: \_\_\_\_\_. **Estudios sobre la reforma constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 97 – ss., especialmente ps. 116-118.

<sup>4</sup> MERTEHIKIAN, Eduardo. La protección jurisdiccional del derecho de incidencia colectiva a gozar de un ambiente sano (Breves comentarios a los procesos colectivos a propósito del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”, el 20 de junio de 2006). **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, vol. 30, n. 350, p. 239-ss.

<sup>5</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. Los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos. **La Ley**, 2008-E, 1021; CAFFERATA, Néstor A. Los derechos de incidencia colectiva. **La Ley**, 2006-A, 1196. Vid además: LORENZETTI, Ricardo L. Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad. **JA** 2002-II. p. 237-238; GOZALÍ, Osvaldo A. Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal. **La Ley**, 2005-B, 1393; a su vez, sobre la necesidad de reglamentar el proceso colectivo: OTEIZA, Eduardo. La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los ampare. In: \_\_\_\_\_. (Dir.). **Procesos colectivos**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006. p. 21 y ss.

<sup>6</sup> FALCÓN, Enrique M. **Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006. p. 359 – ss. Señala que, en Brasil, el art. 81 de la LDC prescribe, para la defensa de los derechos de los consumidores y de las víctimas, tres situaciones jurídicas: a) derechos difusos, cuando se trata de derechos transindividuales, de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponda a personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho; b) derechos colectivos, también de naturaleza transindividual, de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponda a un grupo, categoría o clase de personas vinculadas por una relación jurídica base y c) derechos individuales homogéneos, entendiéndose por tales los provenientes de origen común. Al comentar dicha normativa, anota Falcón que “Si observamos las tres categorías, hallamos en la primera la categoría difusa de la indeterminación; en el segundo caso, nos hallamos frente a las acciones de clase o grupo

Los problemas que plantean los nuevos derechos, complejos y de distinta naturaleza, se ven agravados por la imprecisión o falta de definición de los textos constitucionales que han dado lugar a interpretaciones opuestas en punto a los mecanismos de protección constitucional<sup>7</sup>. A ello se añade la cuestionable interpretación que ha hecho la Corte Suprema en punto a asignarle prevalencia absoluta a los tratados internacionales de derechos humanos sobre la Constitución pues, por más que se hayan incorporado o reconocido constitucionalmente “no derogan artículo alguno de la primera parte”, siendo complementarios (entiéndase no opuestos) “a los derechos y garantías por ella reconocidos”<sup>8</sup>. La fuerza constitucional de dicho precepto no puede enervarse a tenor de criterios subjetivos y precisa ser aplicada sin discriminaciones, cualquiera fuera el reproche moral, social o político de la persona enjuiciada.

La instauración de estas nuevas categorías jurídicas, si bien responden a la realización de la dignidad de la persona humana, no pueden considerarse opuestas a los derechos individuales reconocidos en el art. 14 CN que también son fundamentales. Porque dos de los objetivos principales que prescribe el Preámbulo constitucional consisten en afianzar la justicia y asegurar la paz interior, lo que conduce a interpretar que el sistema, en comparación con otros preceptos y en su conjunto, debe procurar el equilibrio y armonía de los derechos antes que una lucha o confrontación que oponga lo público a lo privado, lo colectivo a lo individual. No creemos, por tanto, que el eje del derecho administrativo pase ahora por dejar de lado la defensa de las libertades y demás derechos de los ciudadanos frente a la autoridad ni tampoco la declinación de la clásica ecuación entre prerrogativas y garantías, sino que los nuevos derechos deben integrarse armónicamente en el sistema, buscando el justo equilibrio entre los distintos intereses que ellos representan.

La ecuación no pasa por oponer los derechos colectivos a los derechos individuales como se ha propiciado<sup>9</sup> pues, en el fondo, se potenciaría una lucha entre ciertos grupos sociales organizados contra las empresas y/o ciudadanos individuales, cuando la función del Estado es la de afianzar la justicia sin discriminaciones ni supremacías de un sector sobre otro.

---

y, en el tercero, encontramos que se halla originado en causas de origen común, que pueden ser mediatas o inmediatas, pero a medida que se alejan en el tiempo... se hacen más remotas, menos homogéneos serán los derechos, limitándose a la acción de responsabilidad civil por los daños efectivamente causados” (*Op. Cit.*, ps. 360-361).

<sup>7</sup> DALLA VÍA, Alberto R. Comentario al artículo 43 de la Constitución Nacional. In: \_\_\_\_\_ (Dir.) **Nuevos derechos y garantías**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 283-284.; una opinión restrictiva sobre el concepto de la legitimación del afectado sostiene BARRA, Rodolfo C. La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional. **Temas de Derecho Público**, Rap, Buenos Aires, 2008. p. 43 y ss.

<sup>8</sup> Vid. GARCÍA BELSUNCE, Horacio A. Los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional. **Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**, Buenos Aires, 2006. p. 5 y ss.

<sup>9</sup> Sintetizada en la fórmula “derechos vs. derechos”, véase: BALBÍN, Carlos. **Curso de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2007. ps. 95-98.

En otro sentido, se habla de una “mudanza paradigmática” en cuanto hay que tener en cuenta la separación de las clásicas funciones de la Administración –en lo que respecta a la restricción de los derechos individuales y al mantenimiento del orden público– con las acciones positivas que demandan un papel más activo de la Administración como prestadora de servicios ya sea en forma directa o a través de la gestión de particulares que colaboran en las distintas prestaciones públicas<sup>10</sup>. Este proceso suscita un conjunto variado de problemas que van desde el tipo de derecho aplicable a la relación jurídica hasta la determinación de la jurisdicción competente para entender en los conflictos que se susciten.

Un problema adicional está representado por la transformación de la justicia administrativa en un proceso objetivo con responsabilidades, a cargo de particulares, basadas en el riesgo o incluso en la actividad lícita, tal como se ha legislado en materia ambiental (art. 27 Ley 25.675)<sup>11</sup>.

Otro problema no menor, que no ha sido previsto en la Constitución ni en las leyes, radica en los efectos *erga omnes* que algunos precedentes atribuyen a las sentencias en procesos colectivos en los que no ha habido intervención de terceros. En tal sentido, una parte de la doctrina ha postulado (para supuestos en que existan numeroso actores con pretensiones de objeto similar y coincidentes) la instrumentación de las *class actions* del derecho norteamericano<sup>12</sup>, figura que, aparte de englobar necesariamente derechos que no son de incidencia colectiva (por ejemplo, una acción de resarcimiento de las víctimas de un siniestro donde múltiples actores pretenden la satisfacción de sus derechos patrimoniales) requiere la adopción de un proceso adaptado a la realidad vernácula para evitar eventuales abusos que podrían generarse. A su vez, corresponde diferenciar –como hace Falcón<sup>13</sup>– el *litis consorcio* de una eventual acción de clase en el sentido de que mientras en el primero se trata de un proceso cerrado, la segunda constituye un proceso abierto a un número indeterminado de actores que se unifican *ope legis* (aunque la iniciativa tenga origen voluntario) en virtud de un procedimiento estatal preestablecido.

En rigor, la metodología que se ha empleado es bastante defectuosa pues después de una extensa enunciación de principios y derechos de distinta gama (p.e. la

<sup>10</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito público e direito privado: panorama actual da doutrina e estabelecimento de pontos de contacto. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, vol. 29, n. 348, p. 331-349, 2007. p. 345-346.

<sup>11</sup> Norma que, en cuanto impone un sacrificio especial sin indemnización, conculca el principio contenido en el art. 17 CN.

<sup>12</sup> SOLA, Juan Vicente. Los derechos de incidencia colectiva. *Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2007. p. 5 y ss.

<sup>13</sup> FALCÓN, Enrique M. *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006. p. 345-347, advierte acerca de la necesidad de “encontrar equilibrio y de ejercer mesura en el tratamiento de casos en los que la parte, representante de la clase, se atribuye por sí misma esa calidad al margen de los procedimientos clásicos de apoderamiento para actuar en juicio” (p. 359).

preservación del patrimonio cultural prevista en el art. 42 CN) termina circunscribiéndolos, fundamentalmente, a tres derechos determinados (el derecho al ambiente sano, a la defensa de la competencia y a los derechos de consumidores y usuarios) conforme al art. 43 de la CN.

La confusión que existe en esta materia viene dada por la circunstancia de que dicho precepto, al incluir esos derechos determinados en la acción judicial de amparo o declaratoria de inconstitucionalidad, extiende la misma protección constitucional, en forma genérica, a los derechos de incidencia colectiva en general (art. 43 de la CN).

Se trata, obviamente, de una técnica constitucional defectuosa ya que mezcla los derechos fundamentales sustantivos de tercera generación con los derechos de incidencia colectiva en general, cuya titularidad puede corresponder -por ejemplo- a un conjunto de propietarios afectados por una medida de policía administrativa.

No es que esté mal la solución que brinda el art. 43 CN sino la técnica empleada ya que hubiera bastado con prescribir que podrán interponer acción de amparo los titulares de derechos de incidencia colectiva en general, cuando se afecten con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta los principios, derechos y garantías reconocidas en la Constitución, particularmente en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia y a consumidores y usuarios.

## **2. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL Y EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO**

La cuestión ambiental ha nacido envuelta en una de las grandes paradojas de nuestro tiempo en la que subyace la pretensión del hombre de transformar la naturaleza en aras de un determinado crecimiento económico-social. Es así que cuando los progresos operados en el campo de la ciencia y de las tecnologías aplicadas han alcanzado un nivel tan extraordinario de progreso (en relación con el estado de la ciencia a comienzos de siglo) resulta paradójal, que simultáneamente, se haya gestado y desarrollado el más grande proceso de degradación del ambiente.

No se trata de suponer que antes de ahora no hayan ocurrido degradaciones ambientales y, en este sentido, las ciudades antiguas no fueron un modelo en la materia, al no existir políticas tendientes a proteger los bienes y recursos naturales. Pero es evidente que la magnitud de los daños era entonces mucho menor ante la ausencia de industrias de gran escala contaminantes del ambiente.

El actual proceso de deterioro obedece a varios factores, que, al combinarse, han generado la situación que padecen, con mayor o menor magnitud, todos los países del mundo. Uno de ellos radica en el hecho de que si todo desarrollo industrial provoca siempre algún daño al ambiente la disyuntiva política (desarrollo económico vs. preservación ambiental) resulta difícil de resolver y generalmente se inclinó por la opción

desarrollista, afectando la calidad de vida de la futura población. En segundo lugar, hay que tener en cuenta la propia naturaleza de los bienes y recursos naturales (muchos de ellos no renovables) que sufren daño a raíz, principalmente, de las actividades industriales o de una masiva utilización, por parte de los particulares, de los instrumentos y productos que fabrican las empresas. El problema que aquí se plantea es la complejidad y el alto costo de las operaciones de recuperación o saneamiento, a lo que se une, todavía, el tiempo que a veces ello demanda (v. gr. limpieza y saneamiento de un curso de agua). Y, por último, otro de los factores significativos que han conducido al actual deterioro del ambiente es, indudablemente, la inexistencia de una política ambiental por parte de los Estados y, en algunos casos, la ausencia de medidas administrativas de aplicación y ejecución de las normas vigentes. Este vacío, que fue reemplazado por una anarquía sin precedentes, donde cada individuo se convirtió en un sujeto impune del daño a la naturaleza, es el que vino a cubrir el moderno derecho ambiental, disciplina especial del derecho cuyos principales ingredientes lo proporcionan diversas instituciones del derecho público (principalmente el derecho administrativo y el Derecho Penal) y el Derecho Civil (en materia de responsabilidad ambiental).

Para complicar aún más el análisis de este panorama irrumpió, en el centro del debate, la cuestión ideológica, ya que no faltaron sectores que atribuyeron (y aún hoy lo hacen) la responsabilidad por la degradación del ambiente al sistema capitalista. Sin embargo, el deterioro ambiental ha corrido parejo y en ciertos casos ha sido más intenso en aquellos países donde gobernó el socialismo (v. gr. el accidente de Chernobyl) lo cual demuestra que la agresión al ambiente no es el efecto de un sistema determinado sino de la imprevisión, impericia y falta de solidaridad. En suma, el Estado, como comunidad superior que es, no supo ver ni advertir la magnitud del problema que se estaba generando en el ambiente.

El proceso de deterioro descrito, después de alcanzar su punto culminante, ha comenzado a detenerse dando origen a un proceso de signo inverso que procura el saneamiento del ambiente, tanto con medidas positivas tendientes a restablecer la situación de los bienes y recursos dañados como a través de políticas preventivas que estimulan la realización de actividades de conservación de los recursos naturales. Hoy día, vinculando la protección del ambiente al crecimiento económico, se habla de un nuevo concepto: el desarrollo sostenible<sup>14</sup>.

Al convocarse a los juristas se abre paso, con algunas reservas en el inicio y una aceptación bastante generalizada después, a una nueva disciplina jurídica: El derecho ambiental. Su existencia puede ser discutida, a la luz de la conocida concepción de la autonomía científica, en tanto, si bien posee un objeto y un fin propios, carece de una

<sup>14</sup> Sobre el tema, ver BOTASSI, Carlos Alfredo. **Derecho administrativo ambiental**. La Plata: Librería Editora Platense, 1997. p. 33-36.



metodología y sustantividad de principios verdaderamente diferenciados de los existentes en las distintas ramas del derecho de las que se nutre (constitucional, administrativo, penal y civil). Pero, es evidente que hasta el propio concepto de autonomía es acientífico y relativo, no pudiendo desconocerse que el derecho ambiental constituye una nueva realidad. En tal sentido, el derecho ambiental se configura como un derecho especial<sup>15</sup> con una relativa autonomía en el campo de la interpretación, cuya especificidad requiere llevar a cabo una tarea de armonización entre los fines y objetivos ambientales con las técnicas y principios propios de cada disciplina jurídica.

Hay quienes creen que una de las características singulares que posee el derecho ambiental es su naturaleza multidisciplinaria<sup>16</sup> (en lo que excede al Derecho). Esta opinión implica confundir la ciencia jurídica que se ocupa del ambiente con el fenómeno o problemática ambiental, que siempre demanda la estrecha colaboración entre técnicos y juristas para modelar el sistema normativo. Una consecuencia extrema que deriva de esa creencia ha llevado muchas veces a los técnicos a prescindir de los juristas en la elaboración de las recetas normativas, lo que entraña un grave peligro para la seguridad jurídica.

## 2.1. Las nuevas cláusulas constitucionales

Se ha dicho que la protección del medio ambiente tiene dos sentidos<sup>17</sup>. De una parte, la configuración de la política ambiental con sus contenidos sectoriales y diferentes técnicas; de otra, traduce un sentido más general y teleológico que hace que la finalidad tuitiva del ambiente se infiltre en todas las actividades públicas o privadas, lo cual plantea una serie de problemas interpretativos, como es el relativo a la jerarquía y dimensión de peso de otros valores y principios frente a los que informan la protección ambiental.

En Argentina, a partir de la reforma constitucional de 1994, el análisis de la problemática jurídica ambiental tiene su punto de partida en el artículo 41 de la CN, sin perjuicio de la legislación que complementa dicha norma básica, la cual prescribe:

<sup>15</sup> Cfr. PIGRETTI, Eduardo. **Derecho ambiental**. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 52, afirma que "el nuevo derecho ambiental constituye una especialidad que se nutre de diversas ramas del conocimiento jurídico". A su vez, Bustamante Alsina sostiene que se trata de una nueva rama que forma parte del conjunto del derecho pero cuya unidad de problemática y características específicas permiten hablar de una identidad propia dentro de los sistemas jurídicos (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Responsabilidad civil por daño ambiental. **La Ley**, 1994-C, 1052).

<sup>16</sup> JAQUENOD DE ZOGON, Silvia. **El derecho ambiental y sus principios rectores**. Madrid: Dykinson, 1991. p. 350.

<sup>17</sup> GARCIA DE ENTERRIA; GONZALEZ CAMPOS; MUÑOZ MACHADO (Org.). **Tratado de Derecho Comunitario**. Madrid: Civitas, 1986, p. 503.

*Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.*

Al efectuar la disección constitucional lo primero que se advierte es la configuración de un derecho ambiental (derecho a un ambiente sano, equilibrado, etc.) a favor de todos los habitantes. Es obvio que este derecho, al igual que los consagrados en el art. 14 de la CN, se encuentra sometido a las leyes que reglamentan un ejercicio (salvo que tuviera operatividad per se) y si bien, conforme a una reiterada doctrina y a la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, no se conciben los derechos absolutos, la ley, al reglamentar los derechos constitucionales, no puede degradarlos ni alterar su esencia (art. 28 CN).

Con todo, no puede hablarse de una fórmula meramente declarativa, carente de efectos en el plano de la realidad jurídica, ya que su eficacia opera y se proyecta desde diversos ángulos al centro de la problemática jurídica en cuanto:

- a) Informa el ordenamiento jurídico al cual penetra como factor determinante en materia interpretativa respecto de la legislación, reglamentos y actos administrativos;
- b) su violación habilita la impugnación de aquellas leyes o actos de la Administración (de contenido general o individual) que cercenen el derecho al ambiente sano, equilibrado, etcétera;
- c) genera la responsabilidad estatal por las conductas lesivas del derecho ambiental que ocasionen daños a las personas;
- d) amplía el círculo de los legitimados para promover la acción de amparo, al incluir al Defensor del Pueblo y a las asociaciones de defensa ambiental registradas conforme a la ley (la cual determina los requisitos y las formas de su organización)<sup>18</sup>.

## 2.2. El núcleo del derecho ambiental

Del análisis del precepto constitucional se desprende que el núcleo del derecho ambiental se configura por dos circunstancias:

<sup>18</sup> Art. 43, parte 2ª, Constitución Nacional.

a) El derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. Mientras la primera parte se asemeja a la fórmula existente en la Constitución de Portugal (art. 66.1) la última guarda similitud con el precepto contenido en el art. 45 de la Constitución Española de 1978;

b) que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Se trata de una cláusula excesivamente genérica ya que el criterio rector para regir la trascendencia de una actividad productiva en el futuro no puede ser otro que la configuración del daño ambiental el cual requiere de una doble valoración: Incidencia actual y proyección futura.

### 2.3. El deber legal de preservación del ambiente. Prohibiciones

La norma constitucional también prescribe el deber de preservar el medio ambiente a cargo de todos los habitantes. Si bien esta cláusula no permite determinar por sí misma los sujetos obligados - pues como todo deber, en sentido estricto, opera en dirección genérica -<sup>19</sup> el precepto constituye la norma de habilitación de la competencia del Congreso para reglamentar dicho deber.

Correlativamente, el citado art. 41 de la CN impone a las autoridades una serie de deberes: 1) la utilización racional de los recursos naturales (al igual que la Constitución Española, art. 45); 2) la preservación del patrimonio natural, cultural y de la diversidad biológica; 3) la información<sup>20</sup>, lo que contribuye a favorecer la participación ciudadana<sup>21</sup> y 4) la educación ambiental.

El incumplimiento de estos deberes puede generar la responsabilidad del Estado y de los funcionarios (en la medida que haya daño) aun cuando las respectivas conductas no fueran directamente exigibles pues, de admitirse la exigibilidad, el particular tendría a su cargo la determinación del contenido del deber, convirtiéndose en legislador.

Al propio tiempo la norma constitucional establece la interdicción de ingresar “al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos”, cuyas respectivas definiciones corresponden a la legislación ambiental<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. t. II. 10. ed. Madrid: S.L. Civitas Ediciones, 1991. p. 31-32.

<sup>20</sup> Para Ramón Martín Mateo el derecho a la información supone la previa adopción del principio de la transparencia y la paulatina eliminación de los secretos públicos (MARTÍN MATEO, Ramón. **Nuevos instrumentos para la tutela ambiental**. Madrid: Trivium, 1994. p. 163).

<sup>21</sup> Ampliar en: BRAIBANT, Guy [et. al.]. **Le contrôle de la Administration et le protection des citoyens**. París: [s.n.], 1977.

<sup>22</sup> Ley 24.051 (Adla, LII-A, 52).

## 2.4. El daño ambiental y la obligación de recomponer

En lo que concierne al daño ambiental es advertible que se trata de una fórmula dual<sup>23</sup>, comprensiva no sólo de los perjuicios que alteran el patrimonio ambiental de la comunidad sino de aquellos daños que afectan los derechos de las personas. Vamos a ver, al abordar específicamente el tema de la legitimación procesal, cómo la protección de los intereses públicos se halla atribuida a sujetos que no ejercen la representación o defensa de intereses privados de carácter personal sino de los intereses de la comunidad, en su conjunto, en aquellas ocasiones en que los daños recaen sobre el patrimonio ambiental común.

El criterio para determinar cuándo se está en presencia de un daño ambiental es eminentemente técnico y no puede ser cubierto con interpretaciones subjetivas ni discrecionales<sup>24</sup>.

Como se ha visto, el art. 41 de la Constitución Nacional reformada en 1994 introduce un precepto que, si bien consagra, prioritariamente, la obligación de recomponer el daño ambiental, reserva a la ley el contenido y las formas que configura dicha obligación, dirigida fundamentalmente a los particulares causantes del daño<sup>25</sup>, sin desplazar la responsabilidad que pudiera caberle al Estado por aplicación de los principios generales que fundamentan la reparación patrimonial.

Hay que advertir, asimismo, que la cláusula constitucional asigna un rango de prioridad a la recomposición del ambiente por sobre la indemnización pecuniaria<sup>26</sup>, la que no se encuentra referida de un modo expreso en el citado art. 41 de la CN.

En este sentido, el criterio de la ley que reglamente la obligación de recomponer no comprende, necesariamente, la restitución de las cosas al estado anterior (como lo prescribe el art. 1740, CCyCN), sino aquellas medidas razonablemente sustitutivas o equivalentes que tiendan a la recomposición, aunque al menos sea progresiva, del daño ambiental común (v. gr. plantación de árboles en nuevas autopistas) o en acciones antipolutorias que hagan que los daños anormales que sufren los habitantes se transformen en molestias consideradas normales, dentro de los límites de contaminación que determine la legislación.

Ahora bien, partiendo de la metodología esbozada al comienzo de este punto acerca del alcance del precepto constitucional, hay que distinguir entre la

<sup>23</sup> Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Responsabilidad civil... *Op. Cit.* p. 3.

<sup>24</sup> La jurisprudencia ha señalado que no todo daño a la naturaleza comporta un daño antijurídico y que resulta necesario compatibilizar o acomodar la protección del ambiente con otros bienes igualmente valiosos (v. gr. necesidades de comunicación) para la comunidad (en el caso "Louzan, Carlos c/Ministerio de Economía s/ acción de amparo", resuelto por la sala I de la Cámara Federal de San Martín, con fecha 26/7/93, publicado en ED 156-59).

<sup>25</sup> TAWIL, Guido Santiago. La cláusula ambiental en la Constitución Nacional. **ED diario**, 15 may. 1995. p. 8.

<sup>26</sup> GAMBIER, Beltrán; LAGO, Daniel. El medio ambiente y su reciente recepción constitucional. **Rev. ED - Temas de Derecho Constitucional**, Buenos Aires, 1995. p. 27.

responsabilidad por daños ambientales comunes o colectivos y la proveniente de los daños que afectan los derechos individuales de las personas, para poder después determinar el grado de legitimación para accionar que poseen los diferentes sujetos involucrados.

Mientras la responsabilidad por daño ambiental común --que genera prioritariamente la obligación de recomponer-- queda subordinada a la ley especial que se dicte en el futuro, la emergente de los perjuicios que recaen sobre el patrimonio de las personas individualmente afectadas se rige por las reglas de responsabilidad prescriptas en el Código Civil (salvo que se dictase una ley especial para regular la materia).

En este ámbito de la responsabilidad se ha reconocido la insuficiencia del precepto contenido en el art. 1973, CCyCN para resolver los problemas que derivan del impacto ambiental, al circunscribirse a los vecinos contiguos a los inmuebles causantes del daño<sup>27</sup>, por cuya causa la tutela se encuentra regulada por las normas generales que reglamentan la responsabilidad civil<sup>28</sup>.

En correspondencia con esa línea que, en lo sustancial, compartimos, la cuestión de la responsabilidad por los daños ambientales causados (de rebote o *par ricochet*) al patrimonio privado se rige por las reglas inherentes a la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield y art. 1757 del nuevo CCCN)<sup>29</sup>, conforme al cual el dueño de la cosa sólo se libera probando la inexistencia o interrupción del nexo causal entre el daño y el riesgo. A nuestro juicio, quedan fuera del ámbito de la responsabilidad por daño ambiental aquellos perjuicios que ocasionan diversos elementos (humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, etc.) que la legislación o autoridad administrativa competente consideren normales, o bien, que no excedan la "normal tolerancia"<sup>30</sup>.

## 2.5. El amparo ambiental

La acción de amparo, después de la reforma constitucional, ha quedado configurada como una alternativa<sup>31</sup> para restablecer los derechos y garantías constitucionales violados con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, que sólo puede ser desplazada por otros remedios más rápidos y expeditos y no por el juicio ordinario, dado que este

<sup>27</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Responsabilidad civil... *Op. Cit.* p. 3.

<sup>28</sup> STIGLITZ, G. A. Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente. **La Ley**, 1983-A, 783.

<sup>29</sup> Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Responsabilidad civil... *Op. Cit.* p. 3.

<sup>30</sup> Art. 1973 CCCN.

<sup>31</sup> PALACIO, Lino Enrique. La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994. **Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires**, Buenos Aires, 1995. p. 11-12; un criterio más restringido han sostenido: SAGÜES, Néstor. Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional. **La Ley**, 1994-D, 1151; y BARRA, Rodolfo C. La acción de amparo en la Constitución reformada: La legitimación para accionar. **La Ley**, 1994-E, 1087.

último no es idóneo para alcanzar la celeridad que precisa este proceso y hacer que la tutela judicial sea realmente efectiva.

El nuevo art. 43 de la CN amplía, por una parte, la legitimación pasiva, al instituir el amparo constitucional contra actos y omisiones provenientes de los particulares y, por la otra, también la legitimación activa, al prescribir la figura del amparo colectivo acordando, en tales supuestos, capacidad para ser parte en los procesos a las asociaciones que persiguen fines de interés público (registradas conforme a la ley)<sup>32</sup> y al Defensor del Pueblo.

Y si bien la cláusula constitucional permite interponer esta acción a toda persona (art. 43, parte 1º CN), el segundo apartado de dicho precepto exige como requisito, para el acceso al proceso de amparo individual, que se trate de un afectado, es decir, de una persona<sup>33</sup> que haya sufrido una lesión sobre sus intereses personales y directos, por lo que no cabe interpretar que la norma ha consagrado una suerte de acción popular ni que, salvo los supuestos de excepción contemplados (Defensor del Pueblo y Asociaciones de interés público) la cláusula permita la legitimación de los intereses difusos o colectivos en cabeza de los particulares<sup>34</sup>.

A lo que tiende el amparo individual, aun tratándose de daños ambientales, no es precisamente a la tutela de los derechos colectivos sino de los derechos subjetivos de las personas y de sus intereses siempre que impliquen un grado de afectación personal y directa.

En una tendencia compatible con nuestra interpretación se ha entendido<sup>35</sup>, siguiendo a un sector de la doctrina española<sup>36</sup>, que la legitimación que acuerda el art. 43 de la Constitución Nacional a los afectados por daños ambientales se configura cuando se lesiona el llamado "ámbito o círculo vital" de las personas, el cual "viene determinado por una relación de proximidad física, esto es, por una vinculación derivada de la localización especial y no de la pertenencia a una jurisdicción política"<sup>37</sup>.

La jurisprudencia existente antes de la reforma constitucional venía exigiendo que, para poner en marcha el control judicial a través de la acción de amparo, resultaba

<sup>32</sup> Es la solución que propicia Ramón Martín Mateo para el Derecho español (MARTÍN MATEO, Ramón. **Nuevos instrumentos para la tutela ambiental**. Madrid: Trivium, 1994. p. 31).

<sup>33</sup> Véase: BARRA, Rodolfo C. La acción de amparo en la Constitución reformada... *Op. Cit.* especialmente p. 1043 y ss.

<sup>34</sup> La doctrina ha señalado, con acierto, que de la configuración de un deber genérico no resulta posible deducir la existencia "de un derecho subjetivo a favor de cualquier habitante". Cfr. GRECCO, Carlos M. Ensayo preliminar sobre los denominados intereses difusos o colectivos. **La Ley**, 1984-B, 877.

<sup>35</sup> GAMBIER, Beltrán; LAGO, Daniel. El medio ambiente y su reciente recepción constitucional. **Rev. ED - Temas de Derecho Constitucional**, Buenos Aires, 1995. p. 32.

<sup>36</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. t. II. Madrid: S.L. Civitas Ediciones, 1991. p. 52 y ss.; y BARRA, Rodolfo C. *Op. Cit.* p. 805.

<sup>37</sup> GAMBIER, Beltrán; LAGO, Daniel. El medio ambiente y su reciente recepción constitucional. **Rev. ED - Temas de Derecho Constitucional**, Buenos Aires, 1995. p. 32.

necesario que el obrar administrativo provoque la lesión de un interés individualizado a quien se encuentra personal y directamente perjudicado<sup>38</sup>.

Con posterioridad a la reforma, la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en el caso "Schroder"<sup>39</sup>, reconoció legitimación para promover el amparo, en su calidad de afectado, al titular de un interés personal, emergente de su calidad de vecino de una localidad de la Provincia de Buenos Aires, a fin de que se decretase la nulidad de un concurso público a que se había llamado para la selección de proyectos de plantas de tratamiento de residuos peligrosos. En tal sentido si bien el fallo no circunscribe el concepto de vecino a unos límites geográficos determinados, lo cierto es que, como los expresa el decisorio, esa calidad no había sido controvertida por la autoridad administrativa demandada, circunstancia, esta última, que permitió extender la protección constitucional a una pretensión anulatoria tendiente a paralizar un mero proceso de selección sin localización predeterminada.

Con independencia de las circunstancias del caso, relativas a las motivaciones que perseguía el actor como dirigente político, lo cierto es que no puede extraerse de dicho fallo la conclusión que admitió una amplia legitimación ni menos que incluya dentro del círculo de los afectados a los titulares de intereses simples o difusos.

El amparo ambiental constituye una vía procesal de excepción lo cual no implica que se exija –para su promoción– el agotamiento de las instancias administrativas<sup>40</sup> como ha sido propugnado en la doctrina<sup>41</sup> y en la jurisprudencia<sup>42</sup>. Ello es así por cuanto frente a una ley o un acto que adolecen de arbitrariedad e ilegalidad manifiestas y la necesidad de restablecer rápidamente los derechos o garantías constitucionales conculcados pierde trascendencia el requisito de la idoneidad de la vía administrativa previo a la acción judicial<sup>43</sup>, máxime cuando del texto art. 43 de la CN no se desprende dicha exigencia que, por lo demás, es siempre difícil de acreditar pese a que la Administración, prácticamente, no suele resolver favorablemente los recursos o reclamos administrativos.

<sup>38</sup> Cfr. sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo "Contencioso Administrativo Federal", "in re": Pardo, Cecilia c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo" de fecha 2 de abril de 1993; "González Gass, Gabriela y otros c. Estado nacional s/ amparo" de fecha 29 de setiembre de 1992, entre otros.

<sup>39</sup> SCHRODER, Juan C. Estado nacional (Sec. de Recursos Naturales y Ambiente Humano) s/ amparo. Sentencia del 8 de septiembre de 1994. **La Ley**, 1994-E, 449.

<sup>40</sup> GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**. Anotada y comentada. t. I. 4. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008. p. 611 y BUTELER, Alfonso. **El amparo contra actos administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012. p. 203-211. Apunta, con razón, que el requisito del agotamiento de las instancias administrativas no se requirió en el caso "Siri", que abrió el camino a este remedio excepcional.

<sup>41</sup> SARMIENTO GARCÍA, Jorge H; URRUTIGOITY, Javier. Cuestiones sobre el amparo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Tratado General de Derecho Procesal Administrativo**. t. II. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 497-499.

<sup>42</sup> Fallos 326:1614 (2003), *in re* "Algodonera San Nicolás", entre otros.

<sup>43</sup> Fallos 328:1708 (2005); 328:4846 (2005) y 330:4647 (2007).

## 2.6. Competencia en materia ambiental

El art. 41 de la Constitución estatuye que “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”<sup>44</sup>.

Con anterioridad a la reforma constitucional la doctrina<sup>45</sup>, había interpretado que en lo concerniente a la jurisdicción en materia ambiental las facultades ente la Nación y las Provincias eran concurrentes, en base a lo preceptuado en la cláusula de bienestar que contenía la CN (inc. 16, art. 67).

Pero, a partir de la reforma constitucional de 1994, el art. 41 consagra un nuevo principio<sup>46</sup>, al asignar competencia específica y privativa al Congreso Nacional para regular los presupuestos mínimos de protección ambiental, dejando a las Provincias el dictado de la legislación complementaria.

Esta norma, teniendo en cuenta la supremacía constitucional que impone el art. 31 de la CN, atribuye una superior jerarquía a la legislación básica que dicte la Nación sobre la legislación complementaria que sancionen las Provincias, lo cual configura una típica reserva legal. Lo novedoso del precepto a la luz de nuestro sistema constitucional, es la atribución de una suerte de poder legislativo complementario a las Provincias para reglamentar la legislación básica nacional, cuyo marco normativo y principios no pueden ser alterados por las leyes provinciales.

De otra parte, la cláusula estatuye que la competencia de la Nación debe ejercerse sin alterar “las jurisdicciones locales”, es decir, sin que la legislación básica avance sobre las facultades de los órganos provinciales para fiscalizar y aplicar la legislación ambiental que dictan las Provincias.

## 3. EL PRINCIPIO PROTECTORIO DE LA COMPETENCIA

El análisis sobre este principio, llevado a cabo por la doctrina, resulta parcial, como consecuencia de que el enfoque se hace desde la óptica de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, a los que se considera en condiciones de debilidad económica frente a las empresas comerciales e industriales. Es obvio que el alcance de este principio es mucho mayor en cuanto comprende las relaciones entre las diferentes personas y empresas que participen en el circuito económico de la producción y distribución de bienes y servicios e, incluso, las relaciones con el Estado cuando éste conculca el principio de la competencia mediante leyes, reglamentos o actos administrativos.

<sup>44</sup> Art. 41, Constitución Nacional.

<sup>45</sup> MARIENHOFF, Miguel S. Expropiación y urbanismo. *La Ley*, 1981-C, 910 y ss.

<sup>46</sup> GAMBIER, Beltrán; LAGO, Daniel. El medio ambiente y su reciente recepción constitucional. *Rev. ED - Temas de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1995. p. 28.



Lo que se protege con este principio es la libre competencia en el mercado lo que tiene mucho que ver con los intercambios de bienes y servicios que se llevan a cabo en el plano nacional e internacional. El mercado es el lugar en el que se produce naturalmente el juego de la oferta y la demanda que determina el precio de los bienes y servicios y, al determinar la rentabilidad de los productores y/o prestatarios, contribuye al crecimiento económico de cualquier país y a la sustentabilidad del Estado, cuyos principales contribuyentes se sitúan en el campo de la producción industrial, comercial, agropecuaria o minera.

Hay, pues, una razón de bien común para defender el principio de la libre competencia que es la base sobre la que se asienta la economía social de mercado, propia del Estado subsidiario.

Cuando la economía es auténticamente libre no debería haber, como práctica generalizada, confrontaciones permanentes entre el interés de los productores con el de los consumidores y cualquier sistema basado en el capitalismo buscaría el equilibrio y la armonía social, evitando los conflictos colectivos. Esto no es algo utópico sino lo que acontece en las democracias bien organizadas cuyos gobiernos no abdican de la misión de impedir las distorsiones, excesos y abusos que se producen marginalmente en el mercado, mediante la aplicación de instrumentos legales que sancionan conductas distorsivas de la competencia o los abusos de las posiciones dominantes<sup>47</sup>.

La función del Estado varía cuando el mercado se encuentra regulado sea por tratarse de un monopolio estatal, de un mercado imperfecto con privilegios de exclusividad que, fundamentalmente, satisfacen necesidades básicas de la población (los servicios públicos), o bien, cuando las características singulares de la producción hacen necesaria la regulación por la excesiva o deficiente oferta que se genera, en forma permanente, en determinados mercados en los que el equilibrio resultante de la oferta y demanda es difícil de alcanzar por las características económicas de tiempo y lugar, el diferente rendimiento zonal y las fluctuaciones del comercio internacional (el caso más típico se encuentra en el mercado azucarero). La política regulatoria, para ser eficiente, debe inclinar las prestaciones hacia la competencia efectiva, incluso mediante su simulación o creación por parte del Estado cuando la competencia no existe<sup>48</sup>.

Mientras los precios o tarifas en un mercado regulado los fija, en principio, el Estado, en el sistema de libre mercado no tienen cabida los controles de precios por cuanto ellos afectan las bases de la competencia y terminan dando señales artificiales a la economía que distorsionan los mercados, produciendo efectos nocivos para los consumidores y usuarios que resultan siempre los mayores perjudicados en los procesos

<sup>47</sup> En nuestro país se encuentra vigente la ley 25.156 que tipifica conductas lesivas del principio de libre competencia.

<sup>48</sup> NALLAR, Daniel M. **Regulación y control de los servicios públicos**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010. p. 435-437.

inflacionarios y recesivos a que conducen las medidas e instrumentos de aplicación cargados, por lo común, de arbitrariedad y procedimientos contrarios a los principios que informan el Estado de Derecho.

La Ley de Defensa de la Competencia<sup>49</sup> prohíbe el abuso de posición dominante, habiéndose entendido por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema que la exportación de una parte significativa de la producción de gas licuado a un precio sensiblemente menor al que se vendía en el mercado interno implicaba una conducta que encajaba en la figura de abuso de posición dominante, máxime cuando existía una cláusula que prohibía la reimportación del producto. Según el Alto Tribunal, la conducta enjuiciada tenía la finalidad de mantener deprimida la oferta nacional, asegurando el mantenimiento de un nivel determinado de precios en perjuicio de los consumidores locales<sup>50</sup>.

#### 4. LOS DERECHOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Del juego de los artículos 42 y 43 se desprende, con una técnica defectuosa, un conjunto de derechos que hacen a la protección de consumidores y usuarios. Ante todo, corresponde deslindar ambas categorías dado que si bien tienen aspectos protectorios comunes, los usuarios, en tanto integran el sector que recibe prestaciones que satisfacen sus necesidades básicas tienen una mayor protección de sus derechos e intereses.

Interesa precisar que los derechos de los consumidores se circunscriben a la relación de consumo, limitándose, por tanto, al vínculo jurídico entre el fabricante o proveedor y el consumidor<sup>51</sup> y por esa razón, el art. 43 de la CN acuerda acción al “afectado” en la relación de consumo como titular de un derecho subjetivo divisible y determinado. En cambio, cuando se trata de derechos e intereses colectivos la protección judicial de los consumidores debe llevarse a cabo a través de una legitimación anómala o extraordinaria que la Constitución pone en cabeza del Defensor del Pueblo o de las asociaciones que propendan a la defensa del principio de no discriminación, el medio ambiente, la competencia y los derechos de los consumidores y usuarios (art. 43 CN).

El usuario es el titular de una relación de servicio público que se singulariza en el vínculo jurídico que lo une al prestador del servicio cuyo objeto son derechos y obligaciones recíprocas. La característica de esta relación, cuando el servicio público es gestionado por una empresa privada, a través de una concesión o de una figura similar

<sup>49</sup> Ley N° 26.156, arts. 1°, 4° y 5°.

<sup>50</sup> CSJN, “YPF SA”, Fallos, 325:1702, sentencia del 02/07/2002.

<sup>51</sup> Ley 26.361, art. 3° que, en forma incorrecta, denomina relación de consumo al vínculo jurídico que se entabla en una relación de servicio público que, aunque contractual, se rige por otro régimen (v.gr. caracterizado por los poderes exorbitantes).

o análoga exhibe algunas peculiaridades. En rigor, hay dos planos de relaciones jurídicas, en ambos casos de naturaleza contractual. En el primero, la vinculación que une al concesionario con el concedente es de derecho público, administrativo en la especie. En el segundo plano, la relación se encuentra, primordialmente, regida por el derecho privado<sup>52</sup> sin perjuicio de la aplicación directa, subsidiaria o análoga de las normas y principios del derecho administrativo (por ejemplo, si el particular cuestiona la procedencia o ejercicio de alguna prerrogativa de poder público). Cabe advertir que esta clase de relaciones se caracteriza por la constante interferencia del poder reglamentario sobre la relación jurídica entre el concesionario y los usuarios del servicio público. A su vez, el concepto de usuario no puede limitarse al usuario actual sino que el concepto protectorio debe comprender al usuario potencial o futuro en base a criterios de equidad intergeneracional<sup>53</sup>.

Los usuarios gozan de todos los derechos que prescriben los arts. 42 y 43 de la CN a favor de los consumidores pero su *status* constitucional se amplía a raíz del reconocimiento de nuevos derechos como son el derecho a la calidad y eficiencia del servicio público, el de contar con un marco regulatorio adecuado y el de participación en los organismos de control a través de asociaciones que los representan (art. 42 CN). Si bien el precepto constitucional hace referencia al derecho de los usuarios y consumidores a constituir asociaciones que los representen, esta disposición constitucional es redundante por cuanto se trata del mismo derecho de asociación reconocido a favor de todos los habitantes de la república.

Corresponde puntualizar que los derechos comunes de los consumidores y usuarios no se limitan a los aspectos patrimoniales de la relación de consumo o de servicio público que los une con el proveedor o prestatario en cada caso sino que comprenden otros derechos que integran el círculo de intereses protegidos, a saber: a) la protección de la salud y de la seguridad; b) la información adecuada y veraz; c) la libertad de elección; y d) la equidad y dignidad en las condiciones de trato (art. 42 CN).

Del precepto contenido en el art. 42 de la CN se desprende el deber de las autoridades de proveer a la educación del consumidor sin determinar, empero, cuáles son las autoridades competentes ni el alcance de las acciones a cumplir que, si bien puede parecer que entraña algún beneficio para los consumidores, en un gobierno autoritario y populista, se convierte en un instrumento tendiente muchas veces a ejercer presiones

<sup>52</sup> MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. t. II. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. p. 108; 168-173. Considera que las relaciones jurídicas entre el concesionario y los usuarios se rigen, cuando el servicio público es de utilización facultativa y la relación es contractual, por el derecho privado. En cambio, si la relación es reglamentaria (p.e. la enseñanza primaria a cargo del Estado), ella se rige por el derecho administrativo; vid también una opinión en el mismo sentido en nuestro CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de derecho administrativo**. t. II. 10. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 125.

<sup>53</sup> SACRISTÁN, Estela B. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales. Buenos Aires: Abaco, 2007. p. 570-572.

indebidas sobre los fabricantes, proveedores y prestadores, respectivamente, de bienes y servicios. Esas presiones sobre el mercado son susceptibles de afectar principios y derechos fundamentales como la libertad económica, la competitividad y por tales motivos, la doctrina ha señalado que la educación del consumidor debería propender a: 1) preservar su salud, mediante la difusión acerca de aquellos productos cuya venta se halla prohibida por ser nocivos a la población; 2) controlar la veracidad de la publicidad que realicen los fabricantes, proveedores o prestadores sobre los productos o servicios ofrecidos al mercado a fin de prevenir los eventuales riesgos para la salud; 3) fomentar usos alimentarios que favorezcan la adecuada nutrición y salud de las personas<sup>54</sup>; 4) llevar a cabo programas educacionales –en los diferentes niveles de enseñanza– que, a través de los medios de comunicación de la prensa gráfica, de la radio y la televisión, contribuyan a que los consumidores desarrollen la libertad de elegir, sin favorecer a determinados fabricantes, comerciantes o prestadores<sup>55</sup>.

#### 4.1. La falsa oposición entre el interés público y el interés particular o privado

En la doctrina se vienen alzando voces que predicán, a propósito de la relación de los usuarios con los prestadores de servicios públicos, una suerte de supremacía absoluta del interés público sobre el interés particular o privado. La sesgada visión que se describe pretende demostrar que los intereses individuales y colectivos de los usuarios que, en su conjunto, representarían el interés social público se hallan en oposición a los intereses de los concesionarios o licenciatarios, e incluso, extraer de este supuesto dogma reglas y técnicas de confrontación, algo que ni siquiera el jurista mayor del régimen nazi (cuya ideología del decisionismo está basada en la confrontación), se hubiera imaginado que iba a proyectarse en este siglo al impulso de colectivismo populista desenfrenado.

A la pregunta de qué es el interés público suele responderse afirmando que es la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes<sup>56</sup> como si fuera una cuestión de suma y resta que pueda desligarse del bien común que constituye el verdadero interés público, es decir, el interés de todos<sup>57</sup> (usuarios actuales y futuros) y no el interés de un grupo por más mayoritario que sea. Supongamos, por ejemplo, que una determinada mayoría de usuarios o una asociación que se arroga la representación

<sup>54</sup> Criterio recogido por el art. 60 de la ley 24.240, reformado por la ley 26.361.

<sup>55</sup> Cfr. GELLI, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina... *Op. Cit.* p. 592-593.

<sup>56</sup> GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t. 2. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000. p. VI-30.

<sup>57</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 385; BILDART CAMPOS, Germán J. **Derecho político** 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1972. p. 295; y nuestro CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de derecho administrativo**. t. I. 10. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 12.

de un universo de usuarios o incluso, del Defensor del Pueblo, se opusieran a un aumento (razonable y, por ende, proporcionado) de la tarifa que resulta necesario para hacer inversiones de saneamiento en el servicio de agua potable<sup>58</sup>. De aplicar aquel concepto el supuesto interés público de los usuarios debería prevalecer y las obras – que beneficiarían especialmente a las generaciones futuras- no podrían llevarse a cabo.

En cualquier caso, lo que debe prevalecer es el bien común, en el que encuentran cabida todos los intereses individuales y colectivos y los eventuales conflictos que se produzcan con los usuarios han de resolverse, ya sea por las autoridades administrativas o los jueces, dentro de la justicia e incluso con equidad<sup>59</sup>.

Al respecto, la doctrina social de la Iglesia en forma invariable, ha sostenido la primacía del bien común como un principio que, lejos de ser opuesto al interés de los particulares, no lo concibe como “la simple suma de los intereses particulares, sino que implica su valorización y armonización, hecha según una jerarquía de valores y, en última instancia, según una exacta comprensión de la dignidad y los derechos de la persona”<sup>60</sup>.

## 4.2. La regla de la interpretación restrictiva de los privilegios y su extensión a las concesiones y licencias

Tras el proceso de privatizaciones y la posterior reforma constitucional de 1994, surgió el interés de un sector de la doctrina administrativista para revivir las antiguas reglas y principios que regían en el país sobre las concesiones de servicios públicos, antes de que estos fueran estatizados. De ese modo, se exhumaron concepciones que respondían a un pasado bastante remoto (algo así como un retroceso de más de cincuenta años) que, desde luego, no eran compatibles con las transformaciones operadas en los sistemas de economía libre vigentes en el mundo occidental.

Uno de los dogmas preferidos que se escogió fue el referido a la interpretación restrictiva de los privilegios de las concesiones de servicios públicos, tema que había sido objeto del abordaje de la doctrina y jurisprudencia, particularmente, en la década del treinta.

De esa regla interpretativa se pasó a una generalización basada en el superado método deductivo, no obstante su conocido fracaso en el campo de los principios generales del derecho (al punto que provocaron el descrédito entre los juristas que

<sup>58</sup> El ejemplo del texto no es teórico sino real pues ello ocurrió con el cargo denominado SUMA en la concesión de Aguas Argentinas que pese a ser de poca magnitud motivó la intervención del Defensor del Pueblo logrando paralizar las obras de saneamiento.

<sup>59</sup> USLENGHI, Alejandro. Procedimientos en la ley de defensa del consumidor. In: POZO GOWLAND, Héctor; HALPERIN, David Andrés; AGUILAR VALDEZ, Oscar; JUAN LIMA, Fernando; CANOSA, Armando (Dirs.). **Procedimiento Administrativo**. t. IV. Buenos Aires: La Ley, 2012. p. 265.

<sup>60</sup> Cfr. C.A. 47b. de Juan Pablo II.

los llevó a abrazar la dogmática positivista). Para extender la regla de la interpretación restrictiva a todas las concesiones y licencias de servicios públicos se sostuvo que por constituir dichos servicios una excepción a la regla de la libre competencia prevista en la Constitución, los derechos emergentes de las concesiones y licencias debían interpretarse en forma restrictiva<sup>61</sup>.

Ante todo, esa deducción no tuvo en cuenta que la regla referida a la interpretación restrictiva no se aplicaba a las concesiones en general sino particularmente a los privilegios no rigiendo para las prerrogativas de poder público que son típicas y comunes a todas las concesiones y licencias (por ejemplo, el corte unilateral del servicio en caso de falta de pago de la tarifa o precio).

En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte sostuvo, a lo sumo, que “las cláusulas que confieren exclusividad o monopolio para la prestación de un servicio público deben interpretarse con un criterio restrictivo”<sup>62</sup>. Pero una cosa es concebir que el privilegio es de interpretación restrictiva en cuanto a su alcance y extensión y que no hay privilegios implícitos<sup>63</sup> y otra diferente es pretender que dicha regla interpretativa se aplica a todo el ámbito jurídico de una concesión de servicio público (por ejemplo, a la tarifa) llegando a vincular la interpretación restrictiva de los privilegios con un axioma jurisprudencial que nadie ha explicado de donde se ha extraído ni en qué se fundamenta cuando se afirma, en forma tajante, que “el derecho de los usuarios a la tarifa más baja ...debería prevalecer sobre el derecho de la concesionaria a obtener mayores ganancias”<sup>64</sup>. En rigor, el principio que rige en materia de tarifas es el de que las mismas deben ser justas y razonables y no se advierte por qué razón si el régimen permite aumentarlas temporalmente, con un sistema de *price cap* para favorecer determinadas inversiones, el derecho del concesionario a una mayor ganancia, siempre que encuadre dentro de la justicia y razonabilidad, deba ceder en favor del derecho del usuario a una tarifa más baja. Desde luego que, en esta materia, la prudencia y el equilibrio del sistema que aplique el regulador serán la clave de la gestión exitosa del servicio, en condiciones “de calidad y eficiencia” (art. 42 CN).

Veamos, a continuación, qué se entiende por privilegio, cuáles son sus notas sobresalientes y sus distintas variantes, así como los requisitos constitucionales para su otorgamiento.

De acuerdo con Marienhoff, los privilegios consisten en ventajas excepcionales atribuidas a una persona, que suelen otorgarse en una concesión o licencia, tales como

<sup>61</sup> GORDILLO, Agustín. Tratado... t. 2. *Op. Cit.* p. VII-17.

<sup>62</sup> Fallos 105:26 (1906).

<sup>63</sup> MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. t. III-B. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983. p. 626.

<sup>64</sup> GORDILLO, Agustín. Tratado... t. 2. *Op. Cit.* p. VII-27, haciendo suya la doctrina de la Sala IV de la CNACAF, en la sentencia del caso “Telintar”, La Ley, diario de fecha 14/02/1995.

exención de impuestos, monopolio, y exclusividad<sup>65</sup>. Dada su naturaleza, su otorgamiento debe serlo por ley del Congreso y deben ser temporales (art. 75 inc. 18 CN). A su vez, el monopolio se distingue de la exclusividad en el sentido que el primero consiste en la supresión de la concurrencia para reservar la respectiva actividad a una sola persona pública o privada, mientras que la exclusividad implica la obligación de la Administración de no otorgar nuevas concesiones por el mismo servicio o actividad<sup>66</sup>.

La cuestión se complica cuando se argumenta que todo monopolio y/o privilegio de exclusividad constituye un servicio público al que se le extendería la mencionada regla restrictiva de interpretación de los privilegios, sin importar qué tipo de actividad material constituye servicio público. Una generalización semejante no tiene en cuenta que una gran parte de las actividades de interés público o de servicio público impropio (v.gr. la actividad aeronáutica, el servicio de taxis) actúan en concurrencia y sin privilegios de exclusividad<sup>67</sup>. Por supuesto que hay otras actividades reguladas en semejantes condiciones pero las citadas, por su magnitud económica y trascendencia para los usuarios del servicio, bastan para demostrar el error en que incurren quienes pretenden deformar la realidad para tratar de que ésta se amolde a las ideas subjetivas y dogmáticas que no compaginan bien con datos que brinda la experiencia real.

En cualquier caso, repárese en la circunstancia que la interpretación restrictiva de los privilegios en las concesiones o licencias, sólo es susceptible de llevarse a cabo en supuestos de duda razonable y no cuando la solución contractual o legislativa resulta clara y precisa.

## 5. LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN EL CONTROL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La segunda mitad del siglo XX ha visto aparecer una institución ciertamente compleja que pretende lograr, tanto en el ámbito político como administrativo<sup>68</sup>, la

<sup>65</sup> MARIENHOFF, Miguel S. Tratado... t. III-B. *Op. Cit.* p. 624.

<sup>66</sup> Este punto lo aclara muy bien MARIENHOFF, Miguel S. Tratado... t. III-B *Op. Cit.* p. 627-628, con el ejemplo del privilegio de exclusividad zonal en una concesión o licencia para generar y/o distribuir energía eléctrica que no impide que otras empresas generen energía para su propio consumo.

<sup>67</sup> El caso de la concesión minera es paradigmático porque si bien las actividades de exploración y extracción se prestan con exclusividad, el producido de la misma se vende al mercado libremente y en concurrencia con otros concesionarios mineros.

<sup>68</sup> Ver, por todos, MUÑOZ MACHADO, Santiago. Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración. **Revista de Administración Pública**, Madrid, vol. 28, n. 84, p. 519-536, sep./dec. 1977.; BERMEJO VERA, José. La participación de los administrados en los órganos de la Administración Pública. In: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Coord.). **La protección jurídica del ciudadano**. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. t. I. Madrid: Civitas, 1993. p. 639 y ss.; LAVILLA RUBIRA, Juan J. **La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América**. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho – Universidad Complutense, 1991. p. 98 y ss.

mayor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, mediante el reconocimiento, en los ordenamientos constitucionales, del derecho subjetivo de participación pública<sup>69</sup>.

Si bien nuestra Constitución Nacional, antes y después de la reforma de 1994, no proclama ese derecho, han surgido interpretaciones<sup>70</sup> que la fundan en su art. 42 y en lo prescripto en una serie de tratados internacionales<sup>71</sup> incorporados al texto constitucional con el alcance previsto en el art. 75, inc. 22 CN.

Fuera de la circunstancia, por demás obvia, que permite advertir que ese derecho en los pactos internacionales ha sido descripto bajo la forma de un enunciado genérico, cuyo carácter operativo depende de las prescripciones que se establezcan en cada ordenamiento estatal, la cuestión no puede resolverse sólo a partir de los ordenamientos supranacionales citados, en la medida en que la primera regla de hermenéutica constitucional dispone expresamente que esos pactos *“no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben considerarse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”* (art. 75, inc. 22 CN).

Esa regla reconduce la interpretación al punto de partida del sistema constitucional argentino que —como es sabido— adopta la forma representativa de gobierno (art. 1º CN), lo que implica excluir, en principio, es decir, salvo los supuestos previstos en la Constitución (v.gr., iniciativa privada —art. 39— y consulta popular vinculante —art. 40, primer párrafo, entre otros—)<sup>72</sup>, al sistema directo de participación pública en las decisiones estatales (legislativas o administrativas).

De otro modo, carecería de sentido el precepto constitucional que consagra una terminante y expresa interdicción al prescribir que *“el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución”* (art. 22 CN).

Ello no es óbice para que las leyes instrumenten sistemas de participación de las asociaciones y ciudadanos, en la medida en que se respete la médula del sistema representativo de gobierno y siempre que ello no implique cercenar las potestades del

<sup>69</sup> Art. 23, ap. 1, Constitución española.

<sup>70</sup> GORDILLO, Agustín A. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. II. 2. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. cap. XI; REJTMAN FARAH, Mario. El procedimiento de audiencias públicas. In: POZO GOWLAND, Héctor; HALPERIN, David Andrés; AGUILAR VALDEZ, Oscar; JUAN LIMA, Fernando; CANOSA, Armando (Dirs.). *Procedimiento Administrativo...* t. IV. *Op. Cit.* p. 383.

<sup>71</sup> Cfr. arts. 23.1, Pacto de San José de Costa Rica; 21.1, Declaración Universal de Derechos Humanos; 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y XIX y XX, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

<sup>72</sup> MATA, Ismael. Administración servicial y procedimiento administrativo (El rediseño de la organización a través del procedimiento. In: POZO GOWLAND, Héctor; HALPERIN, David Andrés; AGUILAR VALDEZ, Oscar; JUAN LIMA, Fernando; CANOSA, Armando (Dirs.). *Procedimiento Administrativo...* t. 1. *Op. Cit.* p. 440, agrega la participación de la familia y de la sociedad en las leyes de educación (art. 75 inc. 19 CN) y la participación que prevén los tratados internacionales.



presidente como Jefe de Gobierno que ejerce la jefatura de la Administración, a título propio, o bien, a través del Jefe de Gabinete (arts. 99 y 100 CN). Así acontece con la institución de la “audiencia pública” que, proveniente del Derecho estadounidense, introducen en nuestro sistema jurídico los marcos regulatorios de los servicios públicos de gas y electricidad <sup>73</sup>, así como el reciente Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires <sup>74</sup>.

A su vez, en ninguna parte del art. 42 CN, se menciona, ni siquiera en forma implícita, el derecho de participación pública de los ciudadanos. Antes bien, la referida norma constitucional circunscribe el alcance de la participación en dos sentidos: en el plano subjetivo, en cuanto acota el derecho a las asociaciones que representan los intereses de los usuarios de los servicios públicos, y en forma objetiva, al precisar que tal participación se encauza en los organismos de control de los servicios públicos (o de otros órganos de control de los intereses de los consumidores).

En cualquier caso, ya se trate de la reglamentación constitucional del derecho de participación pública de las asociaciones de usuarios en los órganos de control de los servicios públicos (art. 42), como de las distintas tipologías que prevén la participación de los ciudadanos individualmente considerados, el papel de la ley, como basamento del respectivo derecho, posee una relevancia indiscutible.

En el primer caso, habida cuenta de las distintas posibilidades que tiene el legislador para reglar lo atinente a un precepto constitucional que se caracteriza por una textura abierta a distintas variantes o tipologías de participación; como más adelante se verá.

El otro supuesto se vincula, en general, con el derecho de participación pública (que incluye la determinación normativa de los procedimientos) que, en principio, corresponde a los poderes implícitos e inherentes del Congreso (art. 75, inc. 32), no obstante que nada impediría que el Poder Ejecutivo o los propios entes reguladores, en ejercicio de sus competencias propias, reglamenten los diferentes procedimientos de participación pública, los cuales, en la medida en que no alteren la médula representativa del sistema constitucional de gobierno, resultarían válidos (incluso podría sostenerse que se trata de mecanismos de autolimitación de sus potestades).

En esa línea, existen leyes que han establecido el procedimiento de audiencia pública<sup>75</sup>, así como decretos del Poder Ejecutivo<sup>76</sup> y distintas reglamentaciones provenientes de los órganos superiores de los entes reguladores que han hecho lo propio<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> Leyes 24.076 y 24.065.

<sup>74</sup> Cfr. art. 63, Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires.

<sup>75</sup> Cfr. arts. 11, 32, 46, 73 y 74, ley 24.065, y 6º, 16, 18, 29, 46, 47, 67 y 68, ley 24.076.

<sup>76</sup> Cfr. arts. 7º y 30, dec. 1185/1990, y sus modificaciones.

<sup>77</sup> Res. 39/1994 ENRE (BO, del 9/5/1994), que aprobó el Reglamento de Audiencias Públicas del ENRE. Se debe tener en cuenta que para el ENRE existe un procedimiento específico de audiencias públicas que resulta

Las ideas que se han esbozado como fundamento de la participación pública en la organización y función de la Administración son muy variadas, aunque no necesariamente opuestas entre sí. Ello depende del énfasis ideológico o alcance de la concepción democrática pero también de un análisis que apunta más a la ciencia administrativa que a la política.

Mientras para algunos la participación pública acrecienta y fortalece la democracia<sup>78</sup>, otros consideramos que se trata más bien de una fórmula que, mediante la colaboración y participación ciudadana,<sup>79</sup> puede contribuir a mejorar y dar transparencia<sup>80</sup> a las decisiones de los entes reguladores en los diferentes procedimientos de control de los servicios públicos.

Entre las ventajas que se le reconocen al modelo participativo se cuentan las relativas a la mayor flexibilización de los aparatos técnicos de la función pública, imbuídos por acentuadas dosis de autoritarismo que se frenan con la participación de los administrados en los procedimientos que culminan con la adopción de decisiones que afectan intereses colectivos o comunitarios.

Sin embargo, los inconvenientes que plantea su implantación conducen a preguntarnos si esas ventajas justifican el desmesurado desarrollo de dicho modelo que, a impulsos de la moda jurídica, viene alentando el Derecho Positivo.

A la natural confusión entre los intereses individuales y los de un sector determinado con aquellos que poseen mayor generalidad o se vinculan con el interés comunitario, la insuficiencia de los mecanismos de representación para reflejar la opinión democrática de los usuarios de un determinado sector, la captura de los entes reguladores por grupos de activistas movidos por intereses de neto corte político e incluso, por los sectores empresarios, se le añaden otras desventajas no menos significativas como las concernientes al aumento de los costos económicos que conllevan los mecanismos participativos y, sobre todo, la dilución de la responsabilidad que asumen los órganos encargados de tomar las decisiones y su contracara, que es la inexistencia de responsabilidades personales (patrimoniales o económicas) de los participantes cuando actúan en representación de intereses colectivos o difusos<sup>81</sup>.

---

aplicable en materia de imposición de sanciones, que se encuentra regulado en el Reglamento para la Aplicación de Sanciones, aprobado por res. 23/1994 ENRE. Asimismo, véase la res. 57/1996 (BO, del 3/9/1996) que contiene el Reglamento General de Audiencias Públicas y Documentos de Consulta para las Comunicaciones.

<sup>78</sup> BERMEJO VERA, José. La participación de los administrados en los órganos de la Administración Pública... *Op. Cit.* p. 639.

<sup>79</sup> FONROUGE, Máximo J. Las audiencias públicas. **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, vol. 9, n. 24-26, p. 183-193, 1997. p. 183.

<sup>80</sup> Ver: GORDILLO, Agustín A. Tratado de Derecho Administrativo... t. II. *Op. Cit.* p. X-10.

<sup>81</sup> Una síntesis de las ventajas y desventajas ha hecho BERMEJO VERA, José. La participación de los administrados en los órganos de la Administración Pública... *Op. Cit.* p. 641-642, que reproducimos parcialmente en el texto. En un trabajo de Estela B. Sacristán se citan opiniones contrarias acerca del procedimiento de las sesiones abiertas en el Derecho estadounidense que conducen a abrigar serias dudas sobre su conveniencia

## 5.1. Tipologías de la participación pública en los entes reguladores

Sin pretender realizar el examen pormenorizado de las diversas formas que puede asumir la participación de los usuarios y sus organizaciones en las funciones ejecutivas o normativas que lleva a cabo la Administración, las que — como anota Bermejo Vera — han sido expuestas de un modo magistral por García de Enterría<sup>82</sup>, no pueden dejar de señalarse las variadas tipologías existentes en lo que constituye una suerte de teoría general de la participación pública, cuya “euforia” o “proliferación”<sup>83</sup> contribuyen a lo que gráficamente Nieto ha denominado “*organización del desgobierno*”<sup>84</sup>.

De todas ellas, habida cuenta la exclusión de las formas directas de participación en las funciones de gobierno y administración que impone el sistema representativo constitucional y su consecuente interdicción (art. 22 CN), las que atañen principalmente a nuestro tema (aunque la clasificación no es taxativa) se circunscriben a las siguientes:

- Funcional u organizativa
- Consultiva o vinculante (decisoria)
- En cuanto al ámbito territorial la participación puede ser calificada como federal o local (provincial o municipal), sin perjuicio de las fórmulas mixtas de coparticipación
- Individual o colectiva
- Prescripta como procedimiento de realización obligatoria o discrecional y en los diferentes niveles del procedimiento de decisión
- Establecida en función a la representación de intereses o como alternativa institucional<sup>85</sup>

---

y eficacia. En tal sentido, se ha dicho (DIKSON, Paul; CLANCY, Paul. **The Congress Dictionary**: The ways and meanings of Capital Hill. New York: John Wiley & Sons, 1993. p. 344) que “en el marco de una sesión abierta al público los miembros de una agencia se sentirían reticentes a exponer sus puntos de vista en la creencia de que estarán exponiendo ante el público su ignorancia o incertidumbre respecto del tema debatido, los lineamientos políticos o el Derecho”. Por su parte PIERCE, Richard J. **Administrative Law Teatrise** t. I. New York: Wolters Kluwe Law & Business, 2009. nota 117) observa que los miembros de las agencias “tratan de disfrazar su incertidumbre con esquivas discusiones que impiden el intercambio franco, efectivo e informado de opiniones, esencial en punto a la toma de decisión por parte de un cuerpo colegiado” (cfr. SACRISTÁN, Estela B. **Las sesiones abiertas [open meetings] en el Derecho Administrativo norteamericano como forma de publicidad de los actos estatales**. Buenos Aires, 1998. Tesina (Especialización en Derecho Administrativo Económico), Pontificia Universidad Católica Argentina. p. 33).

<sup>82</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La participación de los administrados en las funciones administrativas. In: ALONSO OLEA, Manuel (Dir.). **Homenaje a Segismundo Royo Villanova**, Madrid: Moneda y Crédito, 1977.

<sup>83</sup> BERMEJO VERA, José. La participación de los administrados en los órganos de la Administración Pública... *Op. Cit.* p. 645.

<sup>84</sup> NIETO, Alejandro. **La organización del desgobierno**. Barcelona: Ariel, 1994.

<sup>85</sup> El contenido de estas formas de participación se expone en el estudio de BERMEJO VERA La participación de los administrados en los órganos de la Administración Pública... *Op. Cit.* p. 642 y ss.

Veamos, seguidamente, la proyección de algunas de esas formas en dos aspectos que plantea el Derecho Administrativo argentino a raíz del proceso de privatizaciones llevado a cabo, que ha producido una de las más extraordinarias transformaciones en la estructura del Estado.

#### 5.1.1. *Derechos individuales y colectivos. La participación de las asociaciones defensoras de usuarios*

La categoría de los usuarios, comúnmente denominados “*clientes*” por las empresas concesionarias (impulsadas por la necesidad de crear vínculos más personales y efectivos), ha adquirido, gracias a la reforma de 1994, carta de ciudadanía constitucional. En tal sentido, el art. 42, CN, consagra dos órdenes de derechos.

##### 5.1.1.1. *Derechos individuales*

La referida norma constitucional estatuye que, en la relación de consumo, los usuarios tienen derecho “a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno” (art. 42, 1ª parte CN).

Se trata del reconocimiento constitucional de Derechos Humanos, cuya protección judicial prescribe el art. 43 CN, al instituir la acción de amparo, en la que el sujeto legitimado para proveerla es el “*afectado*”, es decir, la persona física o jurídica que ha sufrido la lesión o el daño a sus intereses personales y directos.

Sin perjuicio de ello, las personas afectadas disponen de toda la amplia gama de recursos administrativos y acciones judiciales para obtener la tutela efectiva de sus derechos lesionados por actos de los poderes públicos, en la relación de consumo que los vincula, en cada caso, con los concesionarios o licenciarios.

##### 5.1.1.2. *Derechos colectivos*

La última parte del art. 42 CN, prescribe que la legislación establecerá procedimientos eficaces para prever la “*necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control*”.

Del debate habido en el seno de la Convención Constituyente de 1994 se desprende claramente la existencia de un consenso para establecer en la Constitución una fórmula abierta que librase a la reglamentación legal el alcance de este derecho. Ése fue, precisamente, el sentido que tuvo la conciliación entre las diferentes posiciones sostenidas por los constituyentes, que motivó que la mayoría retirase la exigencia de que esa participación fuera consultiva, con el objeto de unificar los criterios existentes, necesarios para la aprobación de la norma constitucional.

De otra parte, quienes apoyaron el proyecto no pretendieron (según surge también de los debates) que la participación de los usuarios fuera establecida como una representación que integrase el directorio de los respectivos entes reguladores, ni tampoco nada hay en el precepto constitucional que establezca, en forma preceptiva, una forma organizativa de participación, como lo sostiene equivocadamente a nuestro juicio, un sector de la doctrina nacional<sup>86</sup>.

En consecuencia, la ley que reglamenta el art. 42 CN, permite que la regulación opte por cualquiera de las tipologías de participación de las asociaciones de usuarios que surgen tanto de la doctrina como de la legislación comparada (y, desde luego, podría establecer nuevas formas no conocidas), con una doble limitación que emerge del sistema constitucional, pues mientras el art. 42 CN, acota la participación a las asociaciones de usuarios (lo que excluye las formas políticas o asociaciones vinculadas a los partidos políticos), cualquier participación que consagre la ley no puede alterar, como se ha visto, la médula del sistema representativo de gobierno ni la prohibición contenida en el art. 22 CN.

De lo contrario, puede incurrirse en el debilitamiento del papel de los reguladores, aparte de la dilución de la responsabilidad de los miembros del Directorio y de una gravitación excesiva de los intereses sectoriales directamente afectados sobre los intereses más generales o comunitarios, que muchas veces se encuentran representados por el usuario potencial o futuro, al que no es justo cargarle el peso económico de decisiones cuyo costo deben soportar las actuales generaciones de usuarios. A este respecto, hay que tener presente la necesidad de articular esa participación de las asociaciones de usuarios de modo de no afectar el derecho humano primordial que proclama el art. 42 CN, que surge del principio que impone a las autoridades el deber de proveer a la protección del derecho *"a la calidad y eficiencia de los servicios públicos"*.

Esta norma, no suficientemente destacada hasta ahora por la doctrina que se ha ocupado del tema, hace a la modernización y mejora tecnológica de las prestaciones de los concesionarios, a la regulación tarifaria con el menor costo posible vinculado con determinados "estándares" de calidad técnica y a una razonable rentabilidad, dado que los prestatarios actúan impulsados por el legítimo objetivo de maximizar sus ganancias en la medida compatible con los fines de los servicios que prestan como colaboradores del Estado.

<sup>86</sup> GORDILLO, Agustín A. Tratado de Derecho Administrativo... t. II. p. VI-31-32.

### 5.1.2. El régimen de audiencias públicas de los entes reguladores

Si bien no existe a nivel constitucional norma alguna que lo recepcione, el procedimiento de audiencia pública<sup>87</sup> fue instaurado en nuestro país en el ámbito de los entes reguladores del gas<sup>88</sup>, electricidad<sup>89</sup> y telecomunicaciones<sup>90</sup>.

Se trata de un procedimiento administrativo *strictu sensu* y los principios que lo rigen pueden resumirse en la publicidad, transparencia<sup>91</sup> y participación. A su vez, estos principios se proyectan al régimen que requiere de la oralidad y la inmediatez, del informalismo, la contradicción, la imparcialidad y un adecuado reconocimiento de la legitimación de los participantes (concesionarios o licenciataria, usuarios, contratistas, funcionarios públicos, etc.).

Las audiencias públicas pueden ser previas a un acto de alcance particular (y, en algunos casos, de naturaleza cuasijurisdiccional)<sup>92</sup>, o bien integrar el procedimiento para dictar o modificar normas reglamentarias<sup>93</sup>.

En la doctrina administrativa se ha postulado la obligatoriedad de observar este procedimiento en todos aquellos casos en que fuera necesario conferir oportunidad de defensa a los afectados por el acto o proyecto que se trate<sup>94</sup>.

Por otra parte, la jurisprudencia<sup>95</sup> ha considerado que con la nueva redacción del art. 42 CN, el art. 30, dec. 1185/1990 —en tanto confería a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones *la facultad* de celebrar una audiencia pública sobre aspectos de grave repercusión social— debía ser interpretado como *obligatorio* para la Administración,

<sup>87</sup> Se ha sostenido que la expresión “audiencia pública” es equívoca en lo que hace a su significado ya que en unos casos designa las formalidades a través de las cuales las partes de un procedimiento acceden a la actuación de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18, CN), mientras que en otros se refiere a ciertas formalidades de participación de los interesados en el proceso de ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los órganos investidos en ésta. Solamente en este último caso cabría considerarla estrictamente como técnica participativa (HUTCHINSON, Tomás. Algunas consideraciones sobre las audiencias públicas [una forma de participación ciudadana]. **Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad**, Buenos Aires, 8 y 9 de junio de 1995. p. 333 y ss.).

<sup>88</sup> Arts. 6º, 16, 18, 29, 46, 47, 67 y 68, ley 24.076.

<sup>89</sup> Arts. 11, 32, 46, 73 y 74, ley 24.065.

<sup>90</sup> SC res. 57/1996, BO, 3/9/1996.

<sup>91</sup> Ver: LASSERRE, Bruno; LENOIR, Noëlle; STIRN, Bernard. **La transparence administrative**. Paris: Presses Universitaires de France, 1987.

<sup>92</sup> Arts. 11, 32, 73 y 74, ley 24.065, y 6º, 16, 18, 29, 67 y 68, ley 24.076.

<sup>93</sup> Arts. 46 y 48, ley 24.065, y 46 y 47, ley 24.076. COMADIRA, Julio R. Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados (con especial referencia al Enargas, ENRE, CNT y ETOSS). In: \_\_\_\_\_. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. p. 249.

<sup>94</sup> GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo... t. II. *Op. Cit.* p. X-12. Sin embargo, en el Derecho estadounidense, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sentado la doctrina según la cual el derecho de participación activa de los ciudadanos no deriva de la Constitución (por ejemplo, en “City of Madison, Joint School District v. Wisconsin Employment Relations Commission”, 429 v.s., 167, esp. p. 178 [1976] citado por SACRISTÁN, Estela. Las sesiones abiertas... *Op. Cit.* p. 19).

<sup>95</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, *in re* “Youssefian, Martín v. Secretaría de Comunicaciones”, del 23/6/1998.

ya que “la realización de una audiencia pública no sólo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, un mecanismo para la formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder, sino —en lo que hace al sub examine— resultaría una vía con la que podrían contar los usuarios para ejercer su derecho de participación en los términos previstos en el invocado art. 42 CN, antes de una decisión trascendente”.

Sin perjuicio de valorar la importancia que representa para los derechos de los usuarios el art. 42 CN, consideramos que no es posible extender la obligatoriedad de la celebración de audiencias públicas a los supuestos en donde la norma de carácter legal o reglamentaria no lo disponga con carácter expreso.

De adoptarse la tesis contraria se produciría una inseguridad jurídica respecto de las decisiones que adopte el ente regulador en materia de servicios públicos ya que podrían invalidarse todas las resoluciones que fueron tomadas soslayando este procedimiento.

Ahora bien, si la Administración omite llevar a cabo una audiencia pública cuando ésta ha sido expresamente exigida por el ordenamiento, el acto o reglamento que se emita bajo esas circunstancias será nulo de nulidad absoluta, por violación al elemento forma del acto administrativo, que requiere cumplimiento de los procedimientos esenciales previstos para su emisión<sup>96</sup>.

Idéntica solución corresponderá en el supuesto de que el acto que se dicte con posterioridad a la celebración de la audiencia carezca de una motivación adecuada, no valore la prueba producida o no trate expresamente todos los hechos llevados a su conocimiento<sup>97</sup>.

## 6. EL DERECHO DE REUNIÓN

Consustancial a la democracia, el derecho de reunión se conecta con otros derechos constitucionales (v.gr. de petición, de asociarse con fines útiles, de expresar las ideas, de transitar, etc.) de los cuales constituye una derivación necesaria aunque, en rigor, se vincula estrechamente con el principio de soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> Cfr. art. 7º, inc. d), y 14, inc. b), LNPA. En este punto se debe tener en cuenta que la forma del acto se integra no sólo con las formas de integración de la voluntad, sino también con las referidas al procedimiento de formación de dicha voluntad y con las formas de publicidad.

<sup>97</sup> Cfr. art. 41 de la SC, res. 57/1996.

<sup>98</sup> Fallos 207:251 (1947).

Si bien la doctrina lo consideró como un derecho constitucional no enumerado o implícito<sup>99</sup> que surgía del art. 33 de la CN, a partir de la reforma de la Constitución de 1994, que atribuye jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, corresponde incluirlo entre los nuevos derechos.

En efecto, el respectivo precepto de la CADH reconoce el derecho de reunión bajo la única condición que se ejerza en forma pacífica y sin armas y, al propio tiempo, prescribe que sólo puede estar sujeto a las condiciones previstas por la ley “que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o el orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”<sup>100</sup>.

No cabe sostener, pues, el reconocimiento de un derecho constitucional indiscriminado e irrestricto a la protesta sino del derecho a reunirse en forma privada o pública. Va de suyo que, para realizar reuniones privadas, no se exige autorización por parte de las autoridades. En cambio, la realización de reuniones públicas requieren de una autorización previa de la autoridad policial que debe efectuarse con ocho días de anticipación<sup>101</sup>.

El principio que rige en la materia es el de no afectación de los derechos de terceros (art. 19 CN) y aunque el sistema de la Constitución resulta favorable, en principio, al ejercicio de las libertades, éstas no deben realizarse en oposición a las libertades de los demás ciudadanos. Se impone pues, la teoría de la armonización de los derechos que venimos preconizando desde los primeros ensayos, habida cuenta que, en principio, los derechos constitucionales no son absolutos (excepto el derecho a la vida y sus derivados) y se hallan sujetos a reglamentaciones razonables.

Con todo, el ejercicio del derecho de reunión no debe confundirse con los medios violentos de acción directa (cortes de ruta, piquetes, etc.) que afectan el transporte o el simple desplazamiento de los ciudadanos, los cuales configuran delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación, reprimidos por el Código Penal<sup>102</sup>.

## 7. EL DERECHO A LA SALUD

Derivado del derecho a la vida y del principio de la dignidad de la persona humana, el derecho a la salud se abrió paso como emanación de la justicia distributiva, como parte de la concepción más moderna (aunque tiene más de un siglo de vigencia)

<sup>99</sup> BIDART CAMPOS, Germán J. **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**. t. 1, Buenos Aires: Ediar, 2001. p. 304.

<sup>100</sup> CADH, art. 15.

<sup>101</sup> Ley N°20.120.

<sup>102</sup> Arts. 190 a 196 del Código Penal.



de la justicia social. Un primer reconocimiento implícito se reflejó en el art. 14 bis de la Constitución (reformada en 1957) al consagrar la obligatoriedad del seguro social como exigencia constitucional.

Más tarde, y a raíz de la recepción del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York (1966) en nuestro ordenamiento constitucional tras la reforma de la Constitución en 1994, el derecho a la salud adquirió supremacía constitucional sobre las leyes y los diversos actos que emanan de la Administración Pública.

Dicho Pacto reconoce el derecho de toda persona a disfrutar “del más alto nivel posible de salud física y mental”, hallándose obligados, los Estados parte de la Convención, a adoptar una serie de medidas (v.gr. prevención y tratamiento de toda clase de enfermedades y creación de condiciones que garanticen asistencia y servicios médicos) tendientes a asegurar “la plena efectividad de este derecho”<sup>103</sup>. El precepto del Pacto se traduce en el deber que impone en cabeza de los Estados de garantizar la efectividad de las políticas estatales, incluso mediante acciones positivas.

En un caso resuelto por la Corte Suprema se planteó, como objeto de una acción de amparo, la pretensión, de la madre de un menor que padecía una grave enfermedad, de requerir determinadas dosis de un medicamento que la obra social se negaba a suministrarle.

La decisión de la Corte, pese a declarar que la responsabilidad del Estado era subsidiaria de la de la obra social, consideró que la misma era primaria y principal, tanto en la coordinación de las políticas sanitarias como en la supervisión y fiscalización de las prestaciones de las obras sociales. En definitiva, sostuvo que el Estado, a través del Ministerio de Seguridad y Acción Social, se hallaba obligado a suministrar el remedio, dada la urgencia del caso, cuando las obras sociales no cumplían la prestación tendiente a preservar la salud de una persona<sup>104</sup>.

No se nos escapan las dificultades que entraña la maximización del derecho a la salud de cara a las disponibilidades financieras de los Estados y de las obras sociales. En cualquier caso, el art. 2, primer párrafo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prescribe el principio de “realización progresiva” de todos los derechos reconocidos en dicho tratado internacionales, destinando “el máximo de los recursos de que disponga” para alcanzar su plena efectividad, mediante medidas legislativas y administrativas susceptibles del control judicial de razonabilidad, el que deberá ponderar la existencia o no de opciones posibles para cumplir con las prestaciones de salud<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>104</sup> *In re* “Campodónico de Beviacqua”, Fallos 323:3229 (2000).

<sup>105</sup> Véase: CORVALÁN, Juan Gustavo. Amparo y salud pública en la Ciudad de Buenos Aires. In: GHAZZANOUJ, Ramsis (Coord.). **Constitución, Derecho Administrativo y Proceso: vigencia, reforma e innovación** – XVII

En ese sentido, el derecho de huelga irrestricto y absoluto en los hospitales públicos se encuentra en pugna con el derecho a la salud ya que impide al Estado cumplir con las prestaciones que hacen a la vida y dignidad de las personas, y en una situación similar se encuentran los hospitales y clínicas privadas. Aún cuando, técnicamente, no constituyan servicios públicos de naturaleza económica sino servicios sociales, se impone igualmente el principio de continuidad que caracteriza a los primeros. En tales casos, el ejercicio del derecho de huelga se encuentra subordinado al bien común y las políticas estatales de todos los países lo someten a una fuerte regulación la cual, al hallarse en juego la salud de la población, suele prescribir que los servicios mínimos equivalgan a los máximos posibles, conforme a las circunstancias de cada establecimiento y las necesidades que satisface; sin dejar de agotar los medios para coordinar<sup>106</sup> y armonizar los distintos intereses en juego.

## 8. PROBLEMÁTICA DE LA LEGITIMACIÓN EN LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS

La gran conquista del derecho administrativo del siglo XX, en el plano procesal, ha sido la de haber montado un sistema (a cargo de jueces o tribunales administrativos independientes) de control de los actos de la Administración Pública y otros órganos del Estado que realizan actividades de naturaleza administrativa o normativa.

Sin la organización efectiva de ese control la teoría de la separación de poderes hubiera quedado relegada a una mera división de funciones y la libertad de las personas, junto con los demás derechos fundamentales, no habrían pasado del rango de las declaraciones de derechos no operativas.

En tal sentido, existe una última conexión entre legitimación y política –en el concepto pleno de esta última– habida cuenta que el sistema procesal, que consagra las reglas de acceso a la justicia, constituye una suerte de receptáculo que alberga las más variadas motivaciones e ideas respecto de las relaciones entre el Estado y las personas privadas, en medio de una dialéctica que plantea una tensión en gran parte irreductible.

Esa tensión, que subyace, no sólo se produce entre autoridad y libertad sino, fundamentalmente en el campo de lo subjetivo y de lo objetivo, como formas de protección de los derechos y de realización de la justicia material.

La solución de este intrincado problema no parece estar destinada a ilustrar sólo una discusión teórica y abstracta. Por el contrario, tiene que ver con las reales posibilidades de protección tanto de los derechos privados como del interés público porque

---

Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados de Carabobo. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 2014. p. 610/611.

<sup>106</sup> CA, párrafo 25.

la legitimación constituye una de las principales válvulas de apertura del proceso contencioso administrativo.

Pero esa válvula puede convertirse en un arma de defensa para la protección de los derechos o bien, en un obstáculo para impedir el ejercicio de los derechos. Este es, precisamente, el gran dilema que plantea la legitimación<sup>107</sup> y, como en muchas otras cuestiones, la principal dificultad radica en mantener el equilibrio entre una postura abierta al acceso a la jurisdicción y los medios humanos y materiales con que cuenta cada sistema para realizar la justicia.

Porque ninguna duda puede caber en cuanto a que lo ideal sería que cualquier habitante se encuentre legitimado *ab initio* para promover un proceso contra el Estado, como asimismo que si no tiene derecho tutelable por los jueces, éstos se lo reconozcan o nieguen al momento de dictar la sentencia, sin bloquearle el acceso a la jurisdicción.

Sin embargo, como lo ha puesto de relieve Mairal<sup>108</sup>, se trata de “racionar un producto escaso” dado que mientras la cantidad de tribunales es limitada, el número de ciudadanos y, sobretodo, de acciones deducibles, es infinitamente superior a las posibilidades de cualquier sistema para administrar ese recurso escaso.

A su vez, en nuestro sistema, por un imperativo constitucional, el poder judicial sólo está habilitado para resolver casos<sup>109</sup>, lo cual requiere la presencia de una real controversia entre partes que afirmen y contesten sus pretensiones sobre derechos que consideran protegidos por el ordenamiento y la configuración de un agravio concreto que recaiga sobre el pretensor,<sup>110</sup> siendo indiscutible que este principio se proyecta, tanto al derecho federal como al provincial o local.

Se ha dicho también que en esta cuestión incide la visión que preferimos tener del poder judicial según una postura que nos lleva a optar entre un sistema en el que los jueces deciden sólo a través de sentencias con efectos inter-partes y otro, donde el poder judicial actúa como órgano político, desplegando su actividad mediante sentencias con efectos *erga omnes* cuyos alcances no se limitan a las partes en la causa sino que se proyectan a terceros.

En realidad, no obstante coincidir en las consecuencias disvaliosas que provoca la falta de regulación de los procesos colectivos y de los efectos de las sentencias que suspenden o invalidan actos de alcance general, la incidencia que provoca

<sup>107</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo. ED, 120-979.

<sup>108</sup> MAIRAL, Héctor A. La legitimación en el proceso contencioso administrativo. In: **Control de la Administración Pública**. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2003. p. 112. quien reproduce una frase bastante gráfica que expuso un tribunal norteamericano “...cada expediente que está en un juzgado es análogo a una cama ocupada en el hospital: hay un número de camas que se pueden ocupar y no más y hay un número de expedientes que se pueden manejar y no más”.

<sup>109</sup> Art. 116 CN.

<sup>110</sup> Fallos 302:1666.

la ampliación del acceso a la justicia, generando la sobrecarga de la labor tribunalicia, resulta mayor que las consecuencias de aceptar el criterio que limita los efectos de las sentencias de invalidación de un acto general sólo a las partes de la controversia<sup>111</sup>. Esto es así por cuanto aquellos que no fueron parte en el proceso deberán promover un juicio separado, con el consiguiente aumento de la litigiosidad, atiborrando los tribunales de causas idénticas o con similares pretensiones procesales.

Esto indica, a las claras, que la solución hay que buscarla por otro lado, fundamentalmente en la organización de los procesos colectivos, sin resentir el acceso a la justicia pero, al propio tiempo, sin caer en los inconvenientes constitucionales y prácticos que plantea la generalización de una suerte de acción popular, como está ocurriendo, en muchos casos, con los procesos de amparo.

### 8.1. Tendencias actuales en materia de legitimación

La necesidad de que todos los intereses de las personas tuvieran mecanismos adecuados de acceso a la justicia a raíz de la consolidación del principio de la tutela judicial efectiva, amplió el campo de la legitimación procesal aceptándose que otras situaciones jurídicas, aparte del derecho subjetivo y del interés legítimo, pudieran invocarse —por las personas afectadas— para ser parte en un proceso concreto. A modo de ejemplo, considérese que, en el nivel nacional, se ha establecido el derecho a solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo ni interés legítimo alguno<sup>112</sup>.

En algunos casos esta ampliación puede brindar resultados saludables. Empero, su adopción ilimitada puede terminar quebrando —como ocurrió, en ocasiones, en algunos sistemas como el español y el argentino— los vínculos que atan los mecanismos de legitimación procesal a la configuración de determinadas situaciones subjetivas desplazando, de esa manera, el eje en el que descansaba el criterio central de la categorización clásica.

Así, el centro de la teoría del derecho subjetivo ha pasado de la protección de los poderes jurídicos sustanciales y aun reaccionales<sup>113</sup> a la tutela de las situaciones de ventaja así como a la reparación de las lesiones provocadas por el Estado, en los derechos de las personas.

<sup>111</sup> En sentido contrario: MAIRAL, Héctor A. La legitimación en el proceso contencioso administrativo... *Op. Cit.* p. 116.

<sup>112</sup> Dto. 1172/03, Anexo VII, art. 6°.

<sup>113</sup> La tesis de los derechos reaccionales, elaborada en España por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, representó, en su momento, el embate más serio que se planteó frente a la noción clásica al postular, en definitiva, la unidad de la concepción del derecho subjetivo, superando las antiguas fragmentaciones (derecho subjetivo, interés legítimo, interés personal y directo, derechos debilitados, etc.); véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 10. ed. Madrid: Thomsom Civitas, 2006. p. 44 y ss.

Desde otro ángulo, un sector de la doctrina nacional ha propiciado la eliminación de la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, sosteniendo que siempre que el administrado pueda invocar el quebrantamiento en su perjuicio de las reglas de la justicia distributiva se encontrará legitimado para recurrir en sede administrativa o promover una demanda judicial, sin que corresponda distinguir entre derecho subjetivo e interés legítimo<sup>114</sup>.

La distinción existe no tanto en el plano de la valoración de la *“cosa justa”* donde la pretensión procesal puede llegar incluso a ser equivalente (v.gr., anulación del acto o contrato) en ambas situaciones jurídicas, sino en la aptitud (legitimación) que amplía la posibilidad de ser parte de un proceso concreto<sup>115</sup>. La distinción puede hacerse, aun cuando ella puede ser explicada por concepciones diferentes<sup>116</sup> si bien las tendencias actuales apuntan a eliminarla considerando que, en definitiva, toda situación que reporta utilidad, provecho o ventaja a favor de una persona constituye en el fondo, un verdadero derecho subjetivo<sup>117</sup>.

En suma, a los efectos de la legitimación para accionar judicialmente, lo que importa es la titularidad de un derecho o interés reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico<sup>118</sup>, lo cual no implica instituir una legitimación objetiva basada exclusivamente en la mera legalidad ni menos aún, una acción popular a favor de cualquier ciudadano que invoque la sola ilegalidad sin demostrar la afectación o lesión de un derecho propio del mismo o de un determinado círculo o sector de intereses protegidos expresamente por el ordenamiento. La legitimación, más que una aptitud o capacidad, constituye la situación en que se encuentra el demandante en relación al objeto de la pretensión<sup>119</sup> y el tipo de proceso.

Las dificultades que presentaba, en el plano de la realidad, la utilización promiscua de diferentes concepciones para calificar el derecho subjetivo y el interés legítimo,

<sup>114</sup> Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos. **Principios de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 1980. p. 273 y ss. Aun cuando no compartimos los fundamentos de la crítica del autor a la concepción bipartita no puede dejar de reconocerse que ella responde también a la realización de lo “justo objetivo”, en cuanto, lejos de restringirlo, amplía el campo de la legitimación procesal. En nuestro concepto, la legitimación provendrá tanto del quebrantamiento por la Administración de las reglas de la justicia distributiva como de la justicia conmutativa.

<sup>115</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Derecho Procesal Administrativo**. t. II. Madrid: Civitas, 1966. p. 267 y ss.

<sup>116</sup> Para una reseña bastante completa de las diversas teorías véase: URRUTIGOITY, Javier. El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa. In: AAVV. **Estudios de Derecho Público**. Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 219 y ss. Este autor, al igual que Barra -entre otros- es partidario de unificar ambas categorías en una sola.

<sup>117</sup> Véase: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Las partes en el proceso administrativo. In: **Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas**. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997. p. 24-25; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Problemas del Derecho Público al comienzo del siglo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 65 y ss.

<sup>118</sup> Como se prescribe en el Código Contencioso-Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (art. 13, CPCA).

<sup>119</sup> MARTINI, Juan Pablo. El alcance de los conceptos de 'interés', 'derechos de incidencia colectiva' y 'legitimación'. **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, vol. 19, n. 61, p. 699-739, jul./set. 2007. p. 731.

así como las otras situaciones jurídicas subjetivas u objetivas, generaron la necesidad de superar las categorías tradicionales simplificando la técnica de legitimación procesal<sup>120</sup>.

De esa manera, el concepto de legitimación no se transforma en el eje de una carrera de obstáculos para acceder a la justicia sino que juega como un elemento que contribuye a la realización del principio de *tutela judicial efectiva*, ampliando el círculo de la legitimación activa y pasiva al titular de cualquier clase de interés que le proporcione alguna ventaja o beneficio<sup>121</sup> o la compensación o reparación de un perjuicio.

Así, una persona será portadora del derecho que le abre el acceso a un proceso concreto para la satisfacción de una pretensión sustantiva o adjetiva, ya fuere el derecho puramente subjetivo u objetivo-subjetivo, a condición de que concurren los requisitos de ilegitimidad y perjuicio o lesión.

## 8.2. Los elementos que configuran la legitimación procesal activa (ordinaria y anómala o extraordinaria)

El punto de equilibrio de la legitimación procesal se encuentra en las condiciones que permiten configurar la existencia de la situación que alega una persona para ser parte en un proceso concreto pues, como es obvio, en la medida en que esas condiciones no resulten exigibles para acceder a la justicia, o simplemente no existan como presupuestos de la legitimación, el sistema se transforma en una suerte de justicia objetiva, generalizándose la acción procesal (que es básicamente subjetiva) como una acción pública, que cualquier ciudadano puede interponer invocando la defensa de la legalidad.

El análisis de los textos constitucionales revela que ésa no ha sido la finalidad del constituyente ni existe cláusula alguna que establezca, en forma preceptiva, la acción popular. Tampoco la recoge el art. 43 CN, el cual, al reglar el proceso de amparo, acuerda legitimación procesal al afectado, sin perjuicio de la legitimación extraordinaria que se le reconoce al Defensor del Pueblo y a las organizaciones de usuarios y consumidores.

<sup>120</sup> GRECCO, Carlos Manuel. **Impugnación de disposiciones reglamentarias**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988. p. 63 y ss., subrayó, en su momento, la conveniencia técnica de eliminar “un dualismo que sólo confusión aporta”, sosteniendo que debía hablarse de “interés tutelado”, postura seguida en el Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (art. 12).

<sup>121</sup> Cfr. JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia. ED, Suplemento de Derecho Administrativo del 29/4/04. Cfr., asimismo, JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. La legitimación del afectado, del defensor del pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia. **La Ley**, 2003-B, 1333/1355; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. Legitimación en el proceso contencioso administrativo. **RAP Ciencias de la Administración**, Buenos Aires, n. 267, p. 9-22, 2000; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Derecho Procesal Administrativo**. Obra en homenaje a Jesús González Pérez. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 461-511.

El andamiaje de la legitimación activa se arma a partir del reconocimiento de un derecho propio, inmediato y concreto del litigante<sup>122</sup>, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>123</sup>. Es decir que, salvo los supuestos de legitimación anómala<sup>124</sup> (que más adelante analizamos) el derecho que invoque el litigante activo no puede ser ajeno, mediato ni abstracto sino perteneciente a su círculo de intereses, a su zona vital, como alguna vez ha resuelto la jurisprudencia<sup>125</sup>.

Este primer requisito se completa con un segundo, representado por la exigencia de que se alegue, sobre la base de fundamentos de hecho y de derecho, con suficiente fuerza de convicción, la configuración de una lesión o perjuicio en cabeza del titular o titulares del derecho o del grupo de personas, en su caso.

El tercer elemento de la legitimación activa está constituido por la ilegalidad, o mejor dicho, ilegitimidad de la conducta estatal o pública que se cuestiona en el proceso<sup>126</sup>.

En definitiva, para justificar la legitimación activa ordinaria se requiere la presencia de un derecho propio, inmediato y concreto atado a un "cordón umbilical" representado por una unión o vínculo entre ilegalidad (o ilegitimidad) y perjuicio<sup>127</sup>.

De otra parte, a raíz de la última reforma constitucional (arts. 43 y 120 CN), se admiten una serie de sujetos legitimados que pertenecen a la figura que, en el Derecho Procesal civil, se conoce con el nombre de "legitimación anómala o extraordinaria"<sup>128</sup> en el sentido de que el ordenamiento reconoce la aptitud de determinados sujetos para ser parte en los procesos judiciales en los que invoquen la defensa de intereses ajenos, como son las organizaciones de usuarios y consumidores<sup>129</sup> (aunque también

<sup>122</sup> Véase GARCÍA PULLÉS, Fernando R. **Tratado de lo contencioso administrativo**. t. II. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 556-557 y jurisprudencia allí citada.

<sup>123</sup> "Zatatiegui, Horacio y otros c/ Estado Nacional s/ nulidad de acto legislativo", *Fallos*, 311:2580 (1988), cons. 3°; "Lorenzo, Constantino c/ Nación Argentina", *Fallos*, 307:2384 (1985), cons. 4°.

<sup>124</sup> Supuestos reconocidos en el art. 43 de la CN.

<sup>125</sup> Véase CNACAF, Sala III, "Schoeder J. c/ EN" del 08/9/94, LL 1994-E, 449.

<sup>126</sup> La sistematización de estos requisitos la hemos hecho a la luz del excelente artículo de SACRISTÁN, Estela B. Notas sobre legitimación procesal en la jurisprudencia norteamericana y argentina. In: BAZÁN, Víctor (Coord.). **Defensa de la Constitución**. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos. Buenos Aires: Ediar, 2003. p. 381 y ss.

<sup>127</sup> CNACF, sala V in re "Consumidores Libres Coop. Ltda. c/ Estado Nacional" del 20/10/95, en LL 1995-E, 469 con nuestra nota, CASSAGNE, Juan Carlos. De nuevo sobre la legitimación para accionar en el amparo. **La Ley**, 1995-E, 469/471.

<sup>128</sup> PALACIO, Lino E. **Derecho Procesal Civil**. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986. p. 407.

<sup>129</sup> El art. 43 CN, establece que podrán interponer acción de amparo, contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, "las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización"

puedan representar un interés propio y común), el Defensor del Pueblo<sup>130</sup> y el Ministerio Público<sup>131</sup>.

En tales casos, para justificar la legitimación anómala es necesario acreditar la configuración del interés ajeno por el que se actúa (con todos sus requisitos como el carácter inmediato y concreto del interés, así como el concreto perjuicio o la específica lesión)<sup>132</sup> y no la mera ilegalidad o ilegitimidad del obrar administrativo, salvo que el ordenamiento así lo prescriba en aquellos supuestos en que se configure una acción pública, como acontece en el derecho español en materia urbanística y de protección del patrimonio histórico y entre nosotros, en la legislación protectora del medio ambiente<sup>133</sup>.

Pero fuera de tales supuestos y de otros que la Constitución o las leyes consideren que sean dignos de esta clase de protección, los legitimados anómalos no están facultados para promover acciones públicas y deben acreditar la legitimación que invocan para ser parte en un proceso concreto, en una causa o controversia, como lo requiere el art. 116 CN, cuando determina la competencia de la justicia federal.

De lo contrario, se introduce un elemento de bloqueo en el sistema de separación de poderes<sup>134</sup>, susceptible de entorpecer o impedir la acción de los órganos ejecutivo y legislativo dentro del cauce del equilibrio constitucional, con la consiguiente “judicialización” de la política que los gobiernos realizan, especialmente en el campo de los servicios públicos.

<sup>130</sup> El art. 86, CN, dice que el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal, al tiempo que el art. 43 CN establece que dicho organismo podrá interponer acción de amparo contra “cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general (...)”.

<sup>131</sup> Así, conf. la ley 24.946, art. 25, inc. I), corresponde al Ministerio Público “velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación”, por lo que podría actuar invocando la defensa de dichos derechos.

<sup>132</sup> En punto a la legitimación del Defensor del Pueblo pueden consultarse: ROCHA PEREYRA, Gerónimo. **La interpretación judicial sobre la legitimación del Defensor del Pueblo**. Buenos Aires: EDA, 2004. p. 404-425, esp. p. 418-420.

<sup>133</sup> Ley 25.675, art. 30 *in fine*.

<sup>134</sup> Véase BARRA, Rodolfo C. La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional. In: **Temas de Derecho Público**. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2008. p. 543-635. En las mismas aguas se ubica la doctrina norteamericana emanada de un actual juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos: SCALIA, Antonin. The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers. **Suffolk Law Review**, Boston, vol. 17. p. 881-899, 1983.



## 9. LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA Y EL AMPARO CONSTITUCIONAL

La Constitución reformada de 1994 consagra, como una novedad de nuestro ordenamiento jurídico, la ampliación del amparo judicial para los llamados derechos de incidencia colectiva (art. 43 CN). Esta ampliación de la figura del amparo se inscribe en una corriente mundial que se caracteriza por su fuerza expansiva global constituyendo el mecanismo que ha tenido el “mayor protagonismo” en la tutela de los derechos fundamentales<sup>135</sup>.

La fórmula constitucional abarca tanto a los titulares de derechos subjetivos (v.gr., la persona que sufre un daño ambiental concreto y determinado) como a los derechos subjetivos no patrimoniales<sup>136</sup> o bien, a los derechos de incidencia colectiva, variando el reconocimiento de la legitimación en cada caso.

Cuando se trata de la violación de un derecho subjetivo (incluso del llamado interés legítimo), la calidad para promover el proceso corresponde al “afectado” (art. 43, 2ª parte CN) que es la persona que sufre, concretamente, la lesión o amenaza de perjuicio la cual, a su vez, precisa acreditar la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto lesivo (art. 43, 1ª parte CN).

En cambio, y en ello radica la principal innovación constitucional, la protección de los derechos de incidencia colectiva se opera a través de una ampliación de la base de legitimación a favor de personas que no se encuentran personalmente afectadas por el acto lesivo como el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la defensa de esa clase de derechos (de incidencia colectiva) lo que no implica consagrar una acción estrictamente objetiva, ya que, en todos los supuestos, se tendrá que acreditar tanto la arbitrariedad o ilegalidad manifiestas como la lesión o amenaza de lesión a esos derechos concretos de las personas, en el marco de un caso o controversia a fin de evitar que se pueda incurrir, en determinados casos, en situaciones afines al sistema corporativista, opuesto al modelo del Estado de Derecho republicano, representativo y democrático, diseñado por la Constitución<sup>137</sup>.

## 10. LA TUTELA DE LA LEGALIDAD Y LA ACCIÓN POPULAR

La tutela de la legalidad ha pasado por distintas fases en la evolución de los mecanismos procesales de protección en el derecho comparado. El sistema más clásico arranca en el derecho francés con el recurso por exceso de poder que exigía, como

<sup>135</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo. Amparo y salud pública... *Op. Cit.* p. 605.

<sup>136</sup> Véase: GAMBIER, Beltrán; LAGO, Daniel; El medio ambiente y su reciente recepción constitucional. In: CASAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Estudios sobre la reforma constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 1-19.

<sup>137</sup> Como señala TAWIL, Guido S., **Administración y Justicia**. Alcance del control judicial de la actividad administrativa. t. II. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 81.

un requisito de seriedad para su apertura, la configuración de un interés personal y directo, lo que condujo a discusiones interminables acerca del carácter objetivo o subjetivo de este tipo de proceso contencioso-administrativo. Entre los antecedentes que pueden mencionarse, no sin olvidar el ridículo proceso sin partes que promovió el nazismo, cabe mencionar el proceso de impugnación judicial de reglamentos del derecho español e incluso nuestro inorgánico régimen previsto en el art. 24 de la LNPA hasta los procesos de amparo en Latinoamérica que son los que encarnaron con mayor eficacia y amplitud la defensa de la legalidad y el cuestionamiento de la arbitrariedad, sobre todo de la Administración Pública.

Como consecuencia de las nuevas ideas acerca de la trasposición de una democracia representativa a una de tipo participativo o semi-directa<sup>138</sup>, se confió la tutela genérica de la legalidad a ciertos órganos independientes ya sea que pertenezcan al Estado *lato sensu* (vg. Defensor del Pueblo) o bien, que sean ajenos al mismo cuando, por ejemplo, tengan por objeto la defensa de intereses públicos generales o sectoriales (v.g. organismos no gubernamentales).

En el sistema representativo que instauró la Constitución de 1853 la tutela de la legalidad, en el ámbito administrativo, correspondía, en principio, al Estado a través de diversos órganos (v.g. Procurador del Tesoro, cuando promovía denuncias o acciones de lesividad o al Ministerio Público, en materia penal)<sup>139</sup>.

Aun cuando la vigencia de ese esquema constitucional, la reforma de 1994 y el ordenamiento legislativo han ampliado la tutela de la legalidad en dos sentidos: a) con el reconocimiento de la legitimación del Defensor del Pueblo para promover acciones de amparo conforme al art. 43 CN y b) a través de la recepción en nuestro ordenamiento de la figura de la acción popular en materia de cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo, que consagra el art. 30 *in fine* de la ley 25.675<sup>140</sup>.

La diferencia entre la acción popular o acción pública (como se denomina en España a la existente en materia urbanística) y los procesos colectivos es que la figura del legitimado prácticamente no existe (al no haber una especial relación entre el sujeto procesal y el objeto del proceso) pues la acción la puede deducir cualquier persona<sup>141</sup>

<sup>138</sup> Lo cual si bien resulta contrario al sistema representativo puro de nuestra forma de gobierno, nada menos que en el artículo primero de la Constitución, no se puede desconocer que la reforma constitucional de 1994 introduce muchas instituciones y principios que reconocen el derecho de participación.

<sup>139</sup> En el ordenamiento constitucional y legal de la Ciudad de Buenos Aires la defensa de la legalidad se asigna al Ministerio Público, véase: UGOLINI, Daniela. El Ministerio Público en la Ciudad de Buenos Aires. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Tratado de Derecho Procesal Administrativo**. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2007. p. 291 y ss.

<sup>140</sup> MORELLO, Augusto Mario; SBDAR, Claudia B. **Acción popular y procesos colectivos**. Buenos Aires: Lajouane, 2007. p. 129 y ss.

<sup>141</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. El control jurídico de los reglamentos de la Administración Pública. **Gaceta Jurídica**, Lima, 2014, p. 13 y ss. En el Perú, el control de los reglamentos ilegales puede canalizarse a través de la acción popular.

en el mero interés de la ley. A nuestro juicio, la acción de cese de actividades nocivas al medio ambiente configura un claro supuesto de acción popular.

Este tipo de acciones se inscriben en un escenario favorable a la socialización de los mecanismos de derecho procesal y, consecuentemente, de la defensa de derechos colectivos<sup>142</sup>, si bien puede resultar, en ciertos casos, una herramienta para tutelar situaciones jurídicas dignas de esta clase de protección, puede conducir, no obstante las buenas intenciones de quienes lo predicán, a una litigiosidad mayúscula, que obture la marcha de los procesos judiciales ordinarios y aún extraordinarios, ya que los jueces no podrán dar abasto a las demandas tendientes a satisfacer las pretensiones generalizadas de los ciudadanos. Pero lo más preocupante sea, quizás, el hecho de que la utilización de esta clase de acciones supone una mínima cultura jurídica del pueblo y sobre todo, que los niveles de corrupción sean bajos para evitar que estas acciones sean utilizadas por abogados sin escrúpulos que, mediante demandas sin fundamento, logren que se rechace o acepten pretensiones que transformen la ilegalidad en legalidad, mediante la extensión de la cosa juzgada *erga omnes*.

Precisamente, el peligro podría generar una extensión desmesurada del instrumento procesal de la acción popular radica en que los legitimados pasivos también se han ampliado como consecuencia de la atracción que ejerce, ya sea por la ley o la jurisprudencia, el fuero contencioso administrativo federal o provincial con respecto a las causas en que son parte empresas privadas prestadoras de servicios públicos, lo cual, en el escenario actual, podría generar todo tipo de abusos y batallas judiciales interminables. Esto no es óbice a que, bien reglamentadas y circunscriptas, puedan servir, como cualquier proceso colectivo, al interés general y a la realización de los derechos fundamentales de la persona humana. Desde luego, que las atendibles finalidades sociales que persiguen tanto las acciones populares como los procesos colectivos en general, no debieran funcionar como instrumentos de aniquilación de los derechos individuales (o derechos de primera generación) ni de la seguridad jurídica basada en los postulados del Estado de Derecho, en el que la justicia debe ser la principal garante del equilibrio y armonía social.

Como se ha dicho con acierto, “las anheladas reformas de nuestros sistemas de justicia –que obviamente comprende al crucial tema de la legitimación- dependen, en grado prevalente, de la adecuada preparación y aprovechamiento de los recursos humanos y la consecuente promoción de los cambios culturales necesarios para instalar las transformaciones”<sup>143</sup>.

<sup>142</sup> Vid: MORELLO, Augusto Mario. Legitimaciones plenas y semiplenas en el renovado proceso civil. Su importancia. In: MORELLO, Augusto Mario (Coord.). **La legitimación**. Obra en homenaje al Profesor Lino Enrique Palacio. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 67.

<sup>143</sup> BERIZONCE, Roberto O. La legitimación, los códigos uniformes y la enseñanza del derecho procesal. In: MORELLO, Augusto Mario (Coord.). **La legitimación**. Obra en homenaje al Profesor Lino Enrique Palacio. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 522-523.

## 11. LA GLOBALIZACIÓN: SU INFLUENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La generalización del comercio entre los países así como los cambios tecnológicos que se producen – en estos tiempos – con una aceleración extraordinaria influyen sobre los sistemas jurídicos nacionales, los cuales conllevan la necesidad a adaptarse a las reglas propias del mercado internacional.

Este proceso, iniciado primero en el seno del derecho mercantil de raíz romano-germánica, ha forzado los cauces del derecho privado y amenaza con socavar los fundamentos en que se asienta el derecho público de Europa continental, sobre cuyas bases se han configurado los derechos de los Estados Latinoamericanos. Algo similar ha ocurrido en el campo de la protección de los derechos humanos, con la peculiaridad del carácter vinculante que tienen determinados principios y derechos consagrados en diversos tratados internacionales a raíz de la jerarquía constitucional que les reconoce la Constitución (art. 75 inc. 22 CN).

El quiebre del clásico principio de la legalidad, concebido sobre los principios de soberanía y estatalidad de la ley, fue consecuencia de la caída del positivismo legalista en Europa tras la segunda guerra mundial, provocada por la insuficiencia de los esquemas formales para resolver los requerimientos de la comunidad, en un mundo jurídico integrado con normas legales provenientes de fuentes distintas a las leyes en sentido formal y material.

A su turno, la fragmentación del principio de legalidad se incrementó merced al desarrollo del derecho comunitario europeo, que modificó el sistema de las fuentes normativas. La evolución de variados sistemas internacionales también contribuyó a dicha fragmentación al crear reglas, sin base democrática, con la finalidad de ordenar y/o fomentar el equilibrio de las finanzas de los países y el intercambio comercial (vgr. Banco Mundial, FMI, OMC etc.) a las que se sumaron otros organismos creados por convenciones internacionales, cuyas decisiones, en algunos casos, tienen carácter preceptivo, mientras que en otros, carecen de obligatoriedad y efectos vinculantes.

En este escenario complejo se encuentra hoy el derecho público iberoamericano que, en menor medida que el europeo, resulta influenciado por la fuerza de un derecho internacional que pretende imponer un monismo a ultranza, aunque el primer país del mundo (Estados Unidos de Norteamérica) no lo acepta, excepto en determinadas instituciones.

El problema que se plantea, a la luz del principio de legalidad, estriba en la unidad que caracteriza cualquier proceso de globalización de los intercambios internacionales. Porque esa unidad sólo puede concebirse en determinados sectores, sin que pueda predicarse respecto de las instituciones configuradas en torno a una concepción diversa del derecho aplicable. Así, el derecho continental europeo, que se apoya en un

sistema de reglas escritas que persigue la realización del interés general o bien común, en el que el derecho interno, pese a las vicisitudes y cambios, sigue manteniendo una base democrática en su proceso de formación, se diferencia del derecho que rige en los países anglo-sajones, en los que el papel del juez y de los precedentes constituyen el eje del sistema jurídico<sup>144</sup>. Con todo, no se puede desconocer que la construcción del derecho comunitario europeo refleja una tendencia hacia la unidad de los sistemas nacionales, los cuales, no obstante, mantienen su diversidad y peculiaridades, sin arribar aun a la fusión total de los distintos ordenamientos jurídicos.

En el caso de los países de Iberoamérica, cuyos derechos administrativos han seguido las aguas de los derechos continentales europeos (configurados entre otros aspectos, sobre el reconocimiento de potestades o prerrogativas de poder público), la idea de un derecho administrativo global se torna aún más problemática. La globalización del derecho administrativo en Iberoamérica se presenta como un proceso parcial, muchas veces de carácter regional (Mercosur y Pacto Andino) que sólo puede concebirse y tener sentido si se apoya en los principios que nutren al Estado de Derecho.

Esta última afirmación no implica, desde luego, que no pueda sostenerse la existencia de un derecho administrativo internacional (como antes se decía) limitado a determinadas instituciones internacionales o (como se dice ahora) de un espacio administrativo global<sup>145</sup> en el que rigen normas aplicables a un determinado sector de la economía internacional.

Resulta indudable que la globalización, aún cuando limitada y sectorial puede originar una fuente de legalidad de carácter transnacional susceptible de incidir en distintos aspectos de las relaciones entre los particulares, las instituciones internacionales y los Estados adheridos a esas nuevas formas de producción normativa. Tal es la situación que generan los llamados acuerdos de integración comercial y económica.

En otros casos, la influencia de la globalización se proyecta a través de directivas que, si bien carecen de eficacia obligatoria, son adoptadas por las Administraciones Públicas que las incorporan en sus regulaciones o en sus contratos (*soft law*)<sup>146</sup>.

No creemos, sin embargo, que esas directivas o lineamientos impliquen, en la actualidad, la configuración de un derecho común similar a la *Lex Pública Mercatoria* porque al no ser obligatorias y, por tanto, vinculantes, su recepción en el marco de cada país queda librada al arbitrio de los diferentes Estados.

<sup>144</sup> Vid: POCHARD, Marcel. Sobre la influencia del derecho continental europeo en los derechos latinoamericanos. **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, n. 62, p. 997-ss, 2007.

<sup>145</sup> KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El surgimiento del derecho administrativo global. **Res Pública Argentina**, Buenos Aires, n. 3, p. 25-74, oct./dic. 2007.

<sup>146</sup> AGUILAR VALDEZ, Oscar. **Sobre las fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas**. En prensa. Texto correspondiente a la disertación del autor en las Jornadas de Derecho Administrativo, organizadas por el Departamento de Posgrado especialización en Derecho Administrativo y Económico de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, agosto 2008.

En suma, el fenómeno de la globalización que, en principio, debiera ser neutro<sup>147</sup>, no permite establecer, por el momento, un derecho administrativo global, dotado de principios y reglas comunes, que se apliquen a todas las instituciones estatales. Es cierto que actualmente hay una mayor influencia de las institucionales internacionales, sean o no públicas, sobre los Estados y los particulares, que la que ejercen los Estados sobre dichas organizaciones internacionales.

Pero la falta de sistematización de los diferentes sistemas internacionales vigentes dificultan la unidad que precisan los ordenamientos jurídicos basados, preponderantemente, en un derecho escrito y codificado, como son los ordenamientos de los países iberoamericanos que adoptaron, en sus derechos administrativos, instituciones y principios de origen romano-germánico.

Lo cierto es que, a raíz de la globalización se ha producido un paralelo crecimiento del proceso de fragmentación de la legalidad basada en la soberanía del Parlamento, y consecuentemente, en la estatización del derecho, lo cual plantea el gran problema de compatibilizar el derecho trasnacional con el derecho interno, así como la necesidad de establecer procedimientos y órganos que solucionen los conflictos en supuestos de colisión de los respectivos ordenamientos. Sin embargo, a tenor de lo prescripto en el art. 75 inc. 22 CN el principio de convencionalidad o derecho de los tratados integra el bloque de constitucionalidad pero cede frente a los derechos y garantías fundamentales de la primera parte de la Constitución Nacional y deben armonizar, además, con los principios de derecho público que prescribe nuestra Carta Magna (art. 27).

A su vez, los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones *supra* estatales están limitados en su validez constitucional, a que se celebren en condiciones de igualdad y reciprocidad y respeten el orden democrático y los derechos humanos (art. 75 inc. 23 CN).

En definitiva, el desafío que enfrentan nuestros países en un mundo cada vez más globalizado no es otro que la compatibilización entre la unidad y la diversidad, manteniendo el fondo común de los principios que integran el Estado de Derecho y el orden democrático<sup>148</sup>, en un escenario en el que la legalidad, con sus nuevas fuentes de producción normativa y de costumbres, tendrá que seguir jugando un papel decisivo como garantía de los derechos de los ciudadanos y personas jurídicas.

<sup>147</sup> SÁNCHEZ, Alberto M. Influencia del derecho de la integración en el proceso de internacionalización del derecho administrativo argentino. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, vol. 29, n. 348, p. 55-62, 2006/2007. Afirma que "...la globalización es un fenómeno neutro que, de suyo no es ni positivo ni negativo: será negativo en la medida que contribuya a la implementación de lo que denomina el pensamiento único, de las hegemonías, del unilateralismo; pero va a ser muy positivo si lo convertimos en una herramienta fundamental para fortalecer la hermandad universal del género humano, para acentuar el regionalismo, para fomentar el multiculturalismo" (p. 56).

<sup>148</sup> Cfr. QUADROS, Fausto de. A europeização do Contencioso Administrativo. In: **Separata de Estudos em Homenaje al Doctor Marcello Caetano**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 403.

## 12. REFERENCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito público e direito privado: panorama actual da doutrina e estabelecimento de pontos de contacto. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, vol. 29, n. 348, p. 331-349, 2007.

BALBÍN, Carlos. **Curso de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2007.

BARRA, Rodolfo C. La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional. In: **Temas de Derecho Público**. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2008.

BARRA, Rodolfo C. La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Derecho Procesal Administrativo**. Obra en homenaje a Jesús González Pérez homenaje. t. I. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

BARRA, Rodolfo Carlos. **Principios de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 1980.

BERIZONCE, Roberto O. La legitimación, los códigos uniformes y la enseñanza del derecho procesal. In: MORELLO, Augusto Mario (Coord.). **La legitimación**. Obra en homenaje al Profesor Lino Enrique Palacio. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

BERMEJO VERA, José. La participación de los administrados en los órganos de la Administración Pública. In: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Coord.). **La protección jurídica del ciudadano**. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. t. I. Madrid: Civitas, 1993.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Derecho político** 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1972.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**. t. 1, Buenos Aires: Ediar, 2001.

BOTASSI, Carlos Alfredo. **Derecho administrativo ambiental**. La Plata: Librería Editora Platense, 1997.

BRAIBANT, Guy [et. al.]. **Le contrôle de la Administration et le protection des citoyens**. París: [s.n.], 1977.

BUTELER, Alfonso. **El amparo contra actos administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de derecho administrativo**. t. I. 10. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de derecho administrativo**. t. II. 10. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.

COMADIRA, Julio R. Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados (con especial referencia al Enargas, ENRE, CNT y ETOSS). In: \_\_\_\_\_. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Amparo y salud pública en la Ciudad de Buenos Aires. In: GHAZZA-NOUI, Ramsis (Coord.). **Constitución, Derecho Administrativo y Proceso**: vigencia, reforma e

innovación – XVII Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados de Carabobo. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 2014.

DALLA VÍA, Alberto R. Comentario al artículo 43 de la Constitución Nacional. In: \_\_\_\_\_ (Dir.) **Nuevos derechos y garantías**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.

DALLA VÍA, Alberto R. **Derecho constitucional económico**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.

DIKSON, Paul; CLANCY, Paul. **The Congress Dictionary**: The ways and meanings of Capital Hill. New York: John Wiley & Sons, 1993.

FALCÓN, Enrique M. **Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.

FONROUGE, Máximo J. Las audiencias públicas. **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, vol. 9, n. 24-26, p. 183-193, 1997.

GAMBIER, Beltrán; LAGO, Daniel. El medio ambiente y su reciente recepción constitucional. **Rev. ED - Temas de Derecho Constitucional**, Buenos Aires, 1995.

GAMBIER, Beltrán; LAGO, Daniel; El medio ambiente y su reciente recepción constitucional. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Estudios sobre la reforma constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

GARCÍA BELSUNCE, Horacio A. Los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional. **Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**, Buenos Aires, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La participación de los administrados en las funciones administrativas. In: ALONSO OLEA, Manuel (Dir.). **Homenaje a Segismundo Royo Villanova**, Madrid: Moreda y Crédito, 1977.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. t. II. 10. ed. Madrid: S.L. Civitas Ediciones, 1991.

GARCIA DE ENTERRIA; GONZALEZ CAMPOS; MUÑOZ MACHADO (Org.). **Tratado de Derecho Comunitario**. Madrid: Civitas, 1986.

GARCÍA PULLÉS, Fernando R. **Tratado de lo contencioso administrativo**. t. II. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**. Anotada y comentada. t. I. 4. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1973.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Derecho Procesal Administrativo**. t. II. Madrid: Civitas, 1966.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Las partes en el proceso administrativo. In: **Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas**. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997. p.



24-25; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Problemas del Derecho Público al comienzo del siglo**. Madrid: Civitas, 2001.

GORDILLO, Agustín A. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. II. 2. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t. 2. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

GRECCO, Carlos Manuel. **Impugnación de disposiciones reglamentarias**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988.

HABERLE, Peter. **El Estado Consitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2007.

HUTCHINSON, Tomás. Algunas consideraciones sobre las audiencias públicas [una forma de participación ciudadana]. **Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad**, Buenos Aires, 8 y 9 de junio de 1995.

JAQUENOD DE ZSOGON, Silvia. **El derecho ambiental y sus principios rectores**. Madrid: Dykinson, 1991.

JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Derecho Procesal Administrativo**. Obra en homenaje a Jesús González Pérez. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. Legitimación en el proceso contencioso administrativo. **RAP Ciencias de la Administración**, Buenos Aires, n. 267, p. 9-22, 2000.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El surgimiento del derecho administrativo global. **Res Pública Argentina**, Buenos Aires, n. 3, p. 25-74, oct./dic. 2007.

LASSERRE, Bruno; LENOIR, Noëlle; STIRN, Bernard. **La transparence administrative**. Paris: Presses Universitaires de France, 1987.

LAVILLA RUBIRA, Juan J. **La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América**. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho – Universidad Complutense, 1991.

MAIRAL, Héctor A. La legitimación en el proceso contencioso administrativo. In: **Control de la Administración Pública**. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2003.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. t. II. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. t. III-B. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983.

MARTIN MATEO, Ramón. **Nuevos instrumentos para la tutela ambiental**. Madrid: Trivium, 1994. p. 31.

MARTINI, Juan Pablo. El alcance de los conceptos de 'interés', 'derechos de incidencia colectiva' y 'legitimación'. **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, vol. 19, n. 61, p. 699-739, jul./set. 2007.

MATA, Ismael. Administración servicial y procedimiento administrativo (El rediseño de la organización a través del procedimiento. In: In: POZO GOWLAND, Héctor; HALPERIN, David Andrés; AGUILAR VALDEZ, Oscar; JUAN LIMA, Fernando; CANOSA, Armando (Dirs.). **Procedimiento Administrativo**. t. IV. Buenos Aires: La Ley, 2012.

MERTEHIKIAN, Eduardo. La protección jurisdiccional del derecho de incidencia colectiva a gozar de un ambiente sano (Breves comentarios a los procesos colectivos a propósito del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en la causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios", el 20 de junio de 2006). **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, vol. 30, n. 350, p. 239-ss.

MORELLO, Augusto Mario. Legitimaciones plenas y semiplenas en el renovado proceso civil. Su importancia. In: MORELLO, Augusto Mario (Coord.). **La legitimación**. Obra en homenaje al Profesor Lino Enrique Palacio. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

MORELLO, Augusto Mario; SBDAR, Claudia B. **Acción popular y procesos colectivos**. Buenos Aires: Lajouane, 2007.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración. **Revista de Administración Pública**, Madrid, vol. 28, n. 84, p. 519-536, sep./dec. 1977.

MURATORIO, Jorge Ismael. La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994. In: \_\_\_\_\_. **Estudios sobre la reforma constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

NALLAR, Daniel M. **Regulación y control de los servicios públicos**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

NIETO, Alejandro. **La organización del desgobierno**. Barcelona: Ariel, 1994.

OTEIZA, Eduardo. La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los ampare. In: \_\_\_\_\_. (Dir.). **Procesos colectivos**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.

PALACIO, Lino E. **Derecho Procesal Civil**. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986.

PALACIO, Lino Enrique. La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994. **Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires**, Buenos Aires, 1995.

PIERCE, Richard J. **Administrative Law Teatrise** t. I. New York: Wolters Kluwe Law & Business, 2009.

PIGRETTI, Eduardo. **Derecho ambiental**. Buenos Aires: Depalma, 1993.

POCHARD, Marcel. Sobre la influencia del derecho continental europeo en los derechos latinoamericanos. **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, n. 62, p. 997-ss, 2007.

QUADROS, Fausto de. A europeização do Contencioso Administrativo. In: **Separata de Estudos em Homenaje al Doctor Marcello Caetano**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ROCHA PEREYRA, Gerónimo. **La interpretación judicial sobre la legitimación del Defensor del Pueblo**. Buenos Aires: EDA, 2004.

SACRISTÁN, Estela B. **Las sesiones abiertas [open meetings] en el Derecho Administrativo norteamericano como forma de publicidad de los actos estatales**. Buenos Aires, 1998. Tesina (Especialización en Derecho Administrativo Económico), Pontificia Universidad Católica Argentina.

SACRISTÁN, Estela B. Notas sobre legitimación procesal en la jurisprudencia norteamericana y argentina. In: BAZÁN, Víctor (Coord.). **Defensa de la Constitución**. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos. Buenos Aires: Ediar, 2003.

SACRISTÁN, Estela B. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales. Buenos Aires: Abaco, 2007.

SÁNCHEZ, Alberto M. Influencia del derecho de la integración en el proceso de internacionalización del derecho administrativo argentino. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, vol. 29, n. 348, p. 55-62, 2006/2007.

SARMIENTO GARCÍA, Jorge H; URRUTIGOITY, Javier. Cuestiones sobre el amparo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Tratado General de Derecho Procesal Administrativo**. t. II. Buenos Aires: La Ley, 2011.

SCALIA, Antonin. The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers. **Suffolk Law Review**, Boston, vol. 17. p. 881-899, 1983.

SOLA, Juan Vicente. Los derechos de incidencia colectiva. **Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**, Buenos Aires, 2007.

TAWIL, Guido S., **Administración y Justicia**. Alcance del control judicial de la actividad administrativa. t. II. Buenos Aires: Depalma, 1993.

UGOLINI, Daniela. El Ministerio Público en la Ciudad de Buenos Aires. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Tratado de Derecho Procesal Administrativo**. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2007.

URRUTIGOITY, Javier. El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa. In: AAVV. **Estudios de Derecho Público**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

USLENGHI, Alejandro. Procedimientos en la ley de defensa del consumidor. In: POZO GOWLAND, Héctor; HALPERIN, David Andrés; AGUILAR VALDEZ, Oscar; JUAN LIMA, Fernando; CANOSA, Armando (Dirs.). **Procedimiento Administrativo**. t. IV. Buenos Aires: La Ley, 2012.